Rechtswissenschaft
des
Gesetzbuchs Napoleons
und der übrigen
bürgerlichen Gesetzgebung
des Königreichs Westphalen,
oder
Sammlung von Entscheidungen
des königlichen
Appellations-Hofes zu Celle
und
Abhandlungen
über die
entschiedenen und andere Rechtsfragen,
von

Friedrich Karl Baron von Strombeck,
Präsidenten des königl. Appellations-Hofes zu Celle, Ritter der ersten Classe des Ordens der westphälischen Krone, Mitgliede der Stände des Königreichs Westphalen, auswärtigem Mitgliede der königl. Societät der Wissenschaften zu Göttingen und Ehrenmitgliede der herzogl. Lateinischen Gesellschaft zu Jena.

Zweiter Band. Erstes Heft.

Braunschweig, 1813.
Bei Friedrich Vieweg.

Sammlung

von

Entscheidungen

des vormahligen

Appellations-Hofes zu Celle

und

Abhandlungen

über die

entschiedenen und andere Rechtsfragen,

von

Friedrich Karl von Strombeck,

ehemahligem Präsidenten jenes Gerichtshofes.

Braunschweig, 1815.

Bei Friedrich Vieweg.

Inhalt.

I. (LV. der Rechtswissenschaft des G. N.) Erkenntnisse in erster und letzter Instanz . . . . Seite 1
II. (LVI.) Appellationsfrist. — Monath . . . . — 26
III. (LVII.) Audienz der Référés. — Verhaftung . . . — 34
IV. (LVIII.) Ehescheidung. — Von Amtswegen aufgelegter Eid . . . . — 57
V. (LIX.) Ehescheidung. — Zulassungserkenntniß . . . — 66
VI. (LX.) Ehescheidung. — Proceßordnung. — Nullitäten — 76
VII. (LXI.) Gültigkeit der Wechselgesetze nach der Einführung des Gesetzbuchs Napoleons . . . . — 89
VIII. (LXII.) Entscheidungsgründe der Urtheile . . . — 93
IX. (LXIII.) Hypothek. — Accessorien eines verhypothecirten Grundstückes . . . . — 101
X. (LXIV.) Solidarverpflichtungen. — Verbrechen . . . — 110
XI. (LXV.) Entscheidungseid . . . . — 118
XII. (LXVI.) Testament. — Legat, einer ungewissen Person hinterlassen . . . . — 122
XIII. (LXVII.) Testament. — Nichtigkeit. — Unterschrift des Testators . . . . — 133
XIV. (LXVIII.) Förmlichkeiten der Testamente. — Nichtigkeiten derselben. — Responsabilität der Notarien . . . — 139
XV. (LXIX.) Mystisches Testament. — Förmlichkeiten desselben. — Gerichtliche Geständnisse . . . . — 176
XVI. (LXX.) Handelssachen. — Zeugenbeweis . . . . . — 230

Es wird nicht nöthig seyn, den practischen Rechtsgelehrten darauf aufmerksam zu machen, daß die in den Abhandlungen VII bis XVI. vorgetragenen Materien noch täglich bei den Gerichten zur Anwendung kommen, und, wie besonders die Lehre von den Testamenten nach der Französischen Gesetzgebung, noch lange Zeit zur Anwendung kommen werden.

Eine ausgesuchte Sammlung von Abhandlungen über ähnliche, täglich vorkommende Materien, verglichen mit der wiederhergestellten Gesetzgebung, wird von dem Verfasser unter dem Titel: Transitorische Rechtswissenschaft des nordwestlichen Deutschlandes nächstens herausgegeben werden.

Die gegenwärtigen Abhandlungen sind bereits am Ende des Jahrs 1812 gedruckt, um in der Ostermesse 1813 zu erscheinen. Sie sollten das 1ste Heft des 2ten Bandes meiner Rechtswissenschaft des Gesetzbuchs Napoleons ausmachen. Hat nun gleich Deutschland seine alten Rechte wieder erobert, so sind doch die Entscheidungen der Gerichte, abgegeben nach der Norm des fremden Gesetzbuchs, nicht nur als gerichtliche Denkmähler, sondern auch in der Hinsicht merkwürdig, daß jene fremden Rechte noch lange Zeit für Geschäfte, die unter ihrer Herrschaft entstanden, zur Entscheidung dienen müssen.

Indem ich oft entwickelte, was die französische Gesetzgebung Lobenswerthes enthält (wovon schon manches in den neusten Prozeß-Gesetzen deutscher Länder aufgenommen), habe ich sie nicht selten mit Freimüthigkeit

getadelt. Ich verändere meine Urtheile nicht: noch jetzt finde ich im Tit. IV. des 1sten Buchs des C. N. eine sehr weise, und in dem Verbot der Untersuchung der Vaterschaft eine unweise Gesetzgebung. Erhält Deutschland einst ein National-Gesetzbuch, so wird, wie dieses bei der Abfassung des österreichischen Gesetzbuchs der Fall war, die französische Gesetzgebung zwar bisweilen zur Warnung, öfter aber auch zum nachahmungswerthen Muster dienen können. In dieser Hinsicht also wird auch die Lesung dieses Ergänzungs-Heftes meiner hierdurch beendigten Rechtswissenschaft des C. N. nicht ohne Nutzen seyn. Mögen meine Leser es mit eben der Nachsicht als diese aufnehmen!

Der Verfasser.

LV.

Erkenntnisse in erster und letzter Instanz. — Appellationssumme.

Nach welchen Grundsätzen ist zu bestimmen, ob bei einem in Frage stehenden beweglichen oder unbeweglichen Gegenstande die Appellationssumme vorhanden sey, oder nicht? 1)

Der Art. 4 des 3ten Titels (Art. 29 der neuen Auflage des Gesetzbülletins) des königl. Decrets vom 27sten Januar 1808 schreibt vor:

„Die Districtsgerichte erkennen in erster und letzter Instanz über alle persönliche Klagen und solche, welche bewegliche Sachen betreffen, bis zu dem Werthe von 1000 Franken an der Hauptsumme; bei unbeweglichen Sachen 2) aber, wenn der

1) L. 141. de div. Reg. juris. „Quod contra rationem juris receptum est non est producendum ad consequentia."

2) Der französische Text setzt „affaires personnelles et mobiliaires" (in der ersten Auflage des Gesetzbülletins ist „a. personnelles" durch „Schuldforderungen", übersetzt) den „af-

Hauptgegenstand bestimmt hundert Franken an jährlichen Renten oder Pachtgeldern ausmacht."

---

faires réelles" entgegen, ohne hinzuzusetzen: et immobiliaires. Die officielle Uebersetzung, in beiden Auflagen des Gesetzb., übersetzt nun „affaires réelles" durch „unbewegliche Sachen"; unstreitig, da es bekannt ist, daß es auch reelle Sachen (actiones reales) giebt, welche bewegliche Gegenstände betreffen, nicht dem juristischen Wortsinne gemäß. (Böhmer, de act. Sect. I. C. III. § 3. — Schmidt, von gerichtl. Klagen § 33. — Praticien franç., T. I. p. 77.) Was ist nun in Hinsicht der beweglichen reellen Sachen Rechtens? — Findet in Betreff ihrer eine Bestimmung nach dem Einkommen, welches sie gewähren, oder nach ihrem Capitalwerthe Statt? — Für das erste ließe sich sagen, daß das Gesetz die Bestimmung nach dem Capitalwerthe nur bei solchen beweglichen Sachen annimmt, die zugleich persönliche sind (affaires personnelles et mobiliaires), und dieses ist in der That die Auslegung Pigeau's, welcher, T. I. p. 492, „dans le cas ou l'affaire est réelle et mobiliaire" zuerst auf das Einkommen, welches die Sache abwirft, sieht, und nur dann, wenn sie nichts einbringt, auf ihren Werth Rücksicht nimmt; für das andere, daß das Gesetz, dadurch, daß es den „affaires personnelles et mobiliaires" die „affaires réelles", ohne weitere Bestimmung, entgegensetzte, auch, gegen den juristischen Sprachgebrauch, unter affaires réelles sich höchstwahrscheinlich solche dachte, welche unbewegliche Gegenstände zum Vorwurfe haben. — Diese letzte Ansicht der Sache halte ich für die richtige (vergl. Praticien franç. T. I. p. 82.), und scheint es mir also, daß, ohne Rücksicht darauf zu nehmen, ob, nach einem regelmäßigen juristischen Sprachgebrauche, die Sache persönlich oder reel sey, bloß darauf zu achten, ob sie einen unbeweglichen oder diesem gleichgeachteten, oder einen beweglichen Gegenstand betreffe. Es liegt diese Theorie in der gegenwärtigen Abhandlung zum Grunde.

Daß aber diese Bestimmungen nicht von dem ursprünglichen Objecte des Rechtsstreits, sondern von der durch das vorige Erkenntniß zugefügten Beschwerde zu verstehen, bestimmt, gegen die französische Jurisprudenz [3]), der Art. 353 der Pr. Ord.

So gewiß es nun ist, daß, in Hinsicht dieses letzten Punkts, die französische Jurisprudenz in Westphalen abgeändert ist, eben so gewiß ist es auch, daß das angeführte königliche Decret nichts that, in Hinsicht des erstgedachten Gegenstandes, als dasjenige auch für Westphalen gesetzlich zu machen, welches, durch das Gesetz vom 24sten August 1790, in Frankreich als Norm eingeführt war [4]); mit dem einzigen Unterschiede, daß die

---

3) Merlin, quest. de droit, T. III. p. 377.; Merlin, répert. s. v. dernier ressort, T. III. p. 560; Erk. des Cassationshofes, d. d. 7 Therm. XI: „Attendu que les conclusions de Besson tendoient à ce que Follier fût condamné à une somme de 3000 Fr. à son profit; attendu que c'est la somme demandée, et non la somme adjugée, qui determine la compétence du dernier ressort; qu'ainsi cette compétence est subordonnée aux conclusions du demandeur; que conséquemment, toutes les fois qu'elles tendent à une somme qui excède 1000 Fr. les tribunaux de Ire. inst. ne peuvent juger qu'à la charge de l'appel: casse et annulle.

4) Der hier in Frage stehende Artikel lautet: „Les tribunaux d'arrondissement connaitront, en premier et dernier ressort, de toutes affaires personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 1000 livres de principal, et des af-

Appellationssumme für Immobilien von einem Pacht= oder Rentenwerthe von jährlich 50 Franken (den Zinsen zu 5 Procent von einem Capitalwerthe zu 1000 Fr.) bis zu 100 Franken erhöht wurde.

(Eine Erhöhung die, für jetzt, um so zweckmäßiger erscheint, da man mit Leichtigkeit für ein Capital von 1000 Franken ein Grundstück, welches 100 Fr. abwirft, erwerben kann.)

Wenn nun diese gesetzlichen Verfügungen, durch ihre Abfassung, zu Schwierigkeiten Veranlassung geben sollten: so muß ich dafür halten, gegen die Jurisprudenz, welche sich, in dieser Hinsicht, im Königreiche Westphalen zu bilden angefangen hat [5]), daß man mit Sicherheit hier den Auslegungen der französischen Jurisprudenz folgen könne, da unsere Gesetzgebung ganz unstreitig, bei diesem Gegenstande, die französische zur Quelle hat, und daher wol nicht daran zu zweifeln steht,

---

faires réelles dont l'objet principal sera de 50 livres de revenu déterminé, soit en rente soit par prix de bail." — Die „rentes", wovon hier die Rede ist, sind natürlich rentes foncières, Grundzinsen, denn die rentes constituées, oder gewöhnlichen Renten, werden nicht zu den unbeweglichen Gegenständen gerechnet. Die rentes foncières können aber eben so gut in Geld= als in Naturalabgaben bestehen. Nouveau Ferrière p. D'Agar, s. v. rente foncière. T. III. p. 213.

5) Pfeiffers Rechtsfälle zur Erläut. der Gerichtsv. Westph. I. Band, Heft II, S. 191.

daß des Gesetzgebers Absicht gewesen, mit den Worten, die er aus dem französischen Gesetze entlehnte, auch eben die Begriffe verbinden zu wollen, welche die Gesetzgebung Frankreichs stets damit verbunden hat [6]). Diese Meinung muß ich um so vielmehr für die richtige halten, da hier die Auslegung der französischen Jurisprudenz, gleichwie mit den Worten des französischen Gesetzes, also auch mit denen des westphälischen Decrets gänzlich übereinstimmt, und da es des Richters Verpflichtung ist, die Worte der Gesetze so zu nehmen, wie ihre Bedeutung der, durch die vorzüglichsten Wörterbücher beurkundete, Sprachgebrauch annimmt. Aus diesem Gesichtspunkte, und nach den Regeln einer unbefangenen Auslegungskunst, das zu erklärende Gesetz angesehen, finde ich darin folgende Bestimmungen.

Es setzt der Art. 4 des Tit. III die Regel voraus (selbst eine Ausnahme von einer Regel enthaltend): daß die Districtsgerichte in allen Sachen, wovon nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet ist, nur in erster Instanz erkennen können [6]).

Diese Regel folgt theils aus dem Wesen der ganzen Justizorganisation (sowol Frankreichs

---

5) L. 96. de div. reg. jur. „In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.“

6) Vergl. Abhandlung III der Rechtswissenschaft.

als Westphalens), in welcher der Grundsatz feststeht, daß in allen Sachen, wovon nicht ausdrücklich das Gegentheil verordnet wurde, zwei Instanzen Statt finden sollen (welches auch die Ursache ist, daß die Districtstribunale zu ihrer legalen, einzig im Gesetzbuche Napoleons gebrauchten, Benennung die der Tribunale erster Instanz erhielten): — theils aus der ausdrücklichen Disposition des Art. 3. (Art. 28 der neuen Auflage) Tit. III des angeführten Decrets, welcher (die Regel der im 4ten Art. aufgestellten Ausnahme enthaltend) bestimmt sagt: „Alle und jede Personen sind den Districtstribunalen, in Ansehung „aller persönlichen, dinglichen und gemischten Klagen in erster Instanz [7]) unterworfen." [8])

---

7) „en prémière instance" Diese wichtigen Worte fehlen in der deutschen Uebersetzung der ersten Auflage, nicht in der zweiten, des Gesetzbülletins.

8) Die franz. Jurisprudenz hegt über alles dasjenige, was hier behauptet wird, und welches so bestimmt aus der Abfassung des gemeinschaftlichen Gesetzes folgt, keinen Zweifel. Vergl. Merlin, quest. III. p. 366, in der Beantwortung der beiden Fragen: „I. Le droit qu'ont les tribunaux civils de Ire. inst. de juger en dernier ressort jusqu'à concurrence de 50 Francs de rente et de 1000 Francs de principal, peut-il être étendu à des objets qui ne sont expressement compris dans l'attribution que la loi leur a faite de ce droit? II. Peut-il être, surtout sous le prétexte que la loi, en les chargeant de la connaissance des ces objets, n'a pas dit qu'ils les jugeraient à la charge d'appel?" Beide Fragen sind ver-

Ist man nun aber gänzlich von der festgestellten Regel durchdrungen (welche, wie gesagt, sowol in der Natur des Instituts, als in dem Art. 3. Tit. III. des k. Decrets, begründet ist): so wird man auch den Art. 4. (ihn als Ausnahme betrachtend) mit ganz andern Blicken ansehen, und verlangen, daß wenn, in Hinsicht eines gewissen Objects, behauptet wird, die Sache sey nicht appellabel, dann eine bestimmte gesetzliche Disposition, ausnahmsweise, dieselbe zu einer solchen stemple, worin das Gericht erster Instanz in letzter Instanz sprechen konnte.

Jetzt frägt es sich also: Was für Ausnahmen enthält, in dieser Hinsicht, der Art. 4. des Tit. III., von der im 3ten Art. aufgestellten Regel? —

Es heißt in jenem, die Districtsgerichte erkennen in erster und letzter Instanz:

1. Ueber alle persönliche Klagen (die erste Ausgabe übersetzt Schuldforderungen) bis zu dem Werthe von 1000 Franken an der Hauptsumme.

Diese Bestimmung bedarf (in sofern sie Schuldforderungen vor Augen hat) keines Commentars.

---

neint. Die Districtstribunale erkennen stets in erster Instanz, dies ist die Regel, und nur dann, entweder als Appellationsrichter, oder in erster und letzter Instanz zugleich, wenn ihnen, im Wege einer Ausnahme, ein Gesetz diese Attribution beilegte.

2. In allen Klagen, welche bewegliche Sachen betreffen, bis zu dem Werthe von 1000 Franken an der Hauptsumme.

Auch diese Bestimmung wird, in der Regel, keinen bedeutenden Schwierigkeiten unterworfen seyn, denn da sich jede Verbindlichkeit, Etwas zu thun oder zu lassen, in Schadensersatz auflöst (Art. 1142. C. N.): so wird der Kläger (voraussehend, daß er vielleicht nicht in den wirklichen Besitz der gefoderten beweglichen Sache gesetzt werden, oder, daß der Beklagte die zu leisten verlangte Handlung nicht thun wird) auf Schadensersatz, 9) auf diesen Fall, angetragen haben. Dann gibt also jener eventuelle Antrag hinlängliche Bestimmung, um entscheiden zu können, ob mit oder ohne Vorbehalt der Berufung zu erkennen war. Ein gleiches findet Statt, wenn während des Rechtsstreits in erster Instanz von den Parteien verbindende Aeußerungen über den Werth des Streitgegenstandes (nach westphälischen Gesetzen, in sofern er Gegenstand einer Beschwerde wurde), oder gar Taxen desselben Statt hatten 10). Ist die geforderte bewegliche Sache oder Handlung aber nicht geschätzt, ist ihr Werth in erster Instanz völlig unbestimmt gelassen: dann ist auch kein Gesetz vorhanden, welches den Richter erster Instanz be-

---

9) Pigeau, I. p. 490.
10) Merlin, rép. T. III. p. 557.

rechtigen könnte, in letzter Instanz zu urtheilen, kein Gesetz, welches dem Appellationsrichter das Recht gäbe, eine über solchen Gegenstand bei ihm angebrachte Berufung zurückzuweisen.

Die Appellabilität oder die entgegengesetzte Eigenschaft der Sache mußte bereits in erster Instanz zu erkennen seyn, damit der Richter in dieser im Stande seyn konnte, sein Urtheil richtig zu bezeichnen. Erhielt sie dort jenen Charakter nicht, ließ man sie unbestimmt, daß also der erste Richter seinem Urtheile den Zusatz: „in erster Instanz abgegeben" mit Recht hinzufügen konnte, dann ist es auch in der Appellationsinstanz zu spät, dem Erkenntnisse eine Eigenschaft rauben zu wollen, welche es auf eine unwiderrufliche Weise, (den Akten der ersten Instanz gemäß) bekam. 11)

Der Richter erkennt nur nach den Verhandlungen, er befolgt die Regel, so lange ihm die Ausnahme nicht dargelegt ist; die Regel war es, ein Erkenntniß in erster Instanz abzugeben: wie ist es nun möglich, diesem nach der

---

11) Pigeau I. p. 489. „Il ne suffit pas que l'objet n'excède pas 1000 Fr., il faut que sa valeur soit determinée à cette somme, du moins lors de la demande pour juger en dernier ressort." Die Modificationen, welche dieser Satz dadurch in Westphalen empfängt, daß es hier auf die Summa gravaminis ankömmt, sind leicht einzusehen; übrigens wird man in der Folge finden, daß ich das „lors de la demande" auf ein „während der ersten Instanz" einschränke.

Regel abgegebenen Urtheile, durch eine in der Appellationsinstanz ausgeführte Ausnahme, einen andern Charakter beilegen zu wollen? Wäre der Kläger Appellat, warum ließ er dann das Klagobject unbestimmt, und stempelte das Urtheil so selbst zu einem Erkenntnisse erster Instanz? — Wäre der Beklagte Appellat, warum forderte er seinen Gegner nicht zu bestimmten Erklärungen auf, oder warum ließ er den Gegenstand der Klage nicht schätzen? — Hatten sie aber beide, bereits in erster Instanz, einen Widerwillen gegen die Appellation: warum entsagten sie derselben nicht zum Voraus?

Am wenigsten scheint es mir, sey daran zu denken, daß, um den Devolutionspunkt zu bestimmen, der Appellationsrichter Taxen des Werths verordnen könne [12]). Was war die Regel? — Appellabilität! — und wer hat je den Beweis der Regel verordnet? — Die Regel verordnet das Gesetz; dieses kennt der Richter; er frägt nur nach der durch (ihm unbekannte) Umstände begründeten Ausnahme. Diese muß ihm also hier der Appellat deduciren. Er muß, um zu zeigen, daß keine Appellation Statt finden könne, daß schon endlich entschieden sey, darthun, daß der Kläger in erster Instanz das Object der

---

12) Vergl. Pfeiffer, Rechtsfälle z. Erl. d. Gerichtsverf. Thl. I. Heft 2. S. 193, und Pigeau, I. p. 485.

Klage auf eine Summe geschätzt habe, welche die Appellationssumme nicht erreicht, oder daß bereits Geständnisse oder Taxen Statt gehabt, wodurch jener Umstand dargethan [13]). War beides nicht der Fall, war das Object, bis zum Erkenntniß des ersten Richters, unbestimmt; so war auch das Urtheil in erster Instanz abgegeben, und die Berufung hat Statt [14]).

---

13) Es ist nie zu vergessen, daß wenn vom Objecte die Rede ist, stets, nach westphälischen Gesetzen, das objectum gravaminis verstanden werde. Ist das Object der Klage unbestimmt, so ist es auch, in der Regel, das objectum gravaminis, ist jenes bestimmt, so wird es auch dieses leicht werden können.

14) Diese Theorie, welche in Westphalen gewiß große Bedenklichkeiten finden wird, da unsere Rechtsgelehrten noch stets an eine Deduction der Appellationssumme denken (wovon in Frankreich, so wie an eine Prüfung der Fatalien von Amtswegen, kein Gedanke), ist nach der französischen Jurisprudenz ohne Zweifel. Vergl. Merlin. répert., T. III. p. 558. Erkenntn. des Cassat.-Gerichts vom 8 Pluviose XIII. „Considérant que la contestation qui a été portée devant le tribunal de Ire. inst. avoit pour objet, non seulement une quantité de denrées d'une valeur indeterminée, mais encore . . . . . . casse. Pigeau, procéd. civile, T. I. p. 488 seqq. Indem dieser Schriftsteller ebenfalls als Regel feststellt: „Si l'objet étoit d'une valeur indeterminée, on ne pourroit prononcer en dernier ressort, quelque modique que pût être présumée la valeur de l'objet"; geht er noch bedeutend weiter, als ich glaube, dem Geiste des Gesetzes nach, gehen zu dürfen. Er beschränkt sich nicht darauf, wie bereits oben angeführt ist, und wie ich es ebenfalls annehme, zu behaupten, daß, um die Berufung

3. Ferner erkennen in erster und letzter Instanz die Districtsgerichte bei allen unbeweglichen Sachen, wenn der Hauptgegenstand bestimmt

---

auszuschließen, das Object an Werth nicht nur 1000 Fr. nicht übersteigen, und daß dieser Umstand bestimmt aus den Verhandlungen hervorgehen müsse: sondern er will auch, daß dieser Umstand bereits bei der Klage seine völlige Bestimmung erhalten habe, und fügt, in dieser Hinsicht, zur Erläuterung seiner Regel, folgendes Beispiel hinzu: „Ich fordre ein Pferd, welches ihr mir versprochen habt, und das nicht geschätzt ist. Um eine Entscheidung in letzter Instanz zu erhalten, trage ich auf eine Taxe an. Sie wird verordnet, und es ergiebt sich eine Summe von weniger als 1000 Fr. Dessen ungeachtet kann man euch nicht in letzter Instanz verurtheilen, wenn ihr nicht darein willigt. Das Argument dieser Entscheidung wird aus dem Art. 5. Tit. 4. des Gesetzes vom 24sten August 1790 (unser Art. 4. Tit. III.) hergenommen, welcher, indem er den Districtstribunalen die Macht einräumt, bei unbeweglichen Sachen, bis zu 50 Fr. Einkommen in letzter Instanz zu entscheiden, verlangt, daß dieses Einkommen durch eine Rente oder Pacht bestimmt sey, weil, wenn diese, auf solche Weise, durch die Parteien selbst geschehen, sie sich nicht beklagen können, daß die Schätzung zu hoch oder zu niedrig sey: dahingegen, wenn sie durch Kunstverständige veranstaltet würde, diese einen Gegenstand, welcher weit mehr als 1000 Fr. werth ist, niedriger schätzen, und solchergestalt der Appellation entziehen könnten. Aber kann gleich der Kläger keine Taxe verlangen, so kann er doch dahin libelliren, daß der Beklagte in letzter Instanz verurtheilt werde, ihm 1000 Fr., im Fall er die geforderte Sache nicht in natura abliefern würde, zu bezahlen. Dann hat der Beklagte das Recht, entweder die Sache selbst, oder 1000 Fr. abzuliefern, und will er beides nicht, so erkennet er dadurch an, daß sie keine 1000 Fr. werth sey, oder daß sie auf diesen Werth bestimmt werde. Da nun solchergestalt die

100 Franken an jährlichen Renten oder Pachtgeldern ausmacht.

Hier erfordert also das Gesetz, um die Aus-

Sache durch ihn selbst geschätzt ist, so darf er dieser Schätzung auch kein Mißtrauen entgegensetzen."

Ich nehme hingegen an, daß vor Abgebung des Erkenntnisses erster Instanz, beiden Theilen es erlaubt seyn müsse, dasjenige vorzutragen (in sofern die Zeit nicht abgelaufen, welche die Prozeßgesetze zu diesem Vertrage erfordern), um ein ihren Wünschen gemäßes Erkenntniß zu erhalten. Ich würde also, in dem Falle Pigeau's, dem Beklagten, um ein Erkenntniß in letzter Instanz auszuwirken, nicht nur das Recht, seinem Gegner den Eid zuzuschieben, sondern auch ihn über Artikel zu befragen, ja auf eine Taxe des Pferdes zu provociren, einräumen. —

Es wünscht ein Erkenntniß:

a) in letzter Instanz:

α) entweder der Kläger, — dieser erreicht den Zweck durch eine auf 1000 Fr. beschränkte Forderung, und hat also nicht nöthig andere Mittel, um zu seinem Zweck zu gelangen, zu ergreifen;

β) oder der Beklagte, — durch eine ausgewirkte Taxe, zugeschobenen Eid, Befragung des Gegners über Artikel u. s. w. erlangt er seinen Zweck;

γ) beide Theile, — durch beiderseitige Einwilligung in letzter Instanz gerichtet seyn zu wollen, gelangen diese dazu.

b) In erster Instanz:

α) der Kläger, — durch eine über 1000 Fr. gemachte Foderung, und in Westphalen, da es auf das objectum gravaminis ankömmt, durch eine über 1000 Fr. gemachte Forderung für die einzelnen Gegenstände, oder durch Taxe derselben. (Natürlich wird diese Cautel nicht stets helfen.)

nahme zu begründen, daß von dem unbeweglichen Gegenstande das Einkommen determinirt sey, und zwar entweder durch eine Pacht, oder durch eine Rente.

Was ist nun natürlicher, als in jedem Falle, wo eine solche Determination in erster Instanz nicht Statt hatte, die Regel anzunehmen, daß das abgegebene Urtheil unter Vorbehalt der Appellation erfolgt sey? Es war ja ein unbestimmter Gegenstand vorhanden, und über einen solchen kann kein Districtsgericht in letzter Instanz entscheiden. So will es das Gesetz, so die mit

---

β) der Beklagte, — durch Taxe der Gegenstände u. s. w.

γ) beide Theile, — dadurch, daß sie das Object gänzlich unbestimmt in erster Instanz lassen.

Diese Theorie (welche ebenfalls ihre Anwendung finden kann, wenn von den Revenüen einer unbeweglichen Sache die Rede ist, obgleich da eher Zweifel entstehen könnten, da dem Worte „revenu" der Zusatz „determiné" hinzugefügt worden, woraus man vielleicht schließen möchte, daß bereits zur Zeit der Klage eine Determination vor sich gegangen sein müsse (S. jedoch Erkennt. des Cassationsger. d. d. 18 Germ XIII, Merlin l. c.), scheint mir mit der des Cassationshofes zu Paris gänzlich übereinzustimmen. Vergl. Merlin, rép. s. v. dernier ressort, § II. 6. T. III. p. 557. und die meisten Abschnitte des Art. dernier ressort in den Questions. — Wie sehr weicht sie aber von der bisherigen westphälischen Jurisprudenz, welche stets eine deductio summae appel. verlangt, ab! — und für welche Ketzerei, wird man diese Theorie halten?

diesem hier völlig übereinstimmende französische Jurisprudenz! — [15])

Indem ich mich auf die vorige Ausführung beziehe, setze ich hier also in diesem dritten Falle fest:

Sobald in Frankreich das Object der Klage, oder in Westphalen das Object der Beschwerde, ein unbeweglicher Gegenstand ist, dessen Ertrag, an Renten oder Pacht, nicht in erster Instanz bestimmt wurde; so hat auch von dem erfolgten Urtheile die Berufung Statt [16]).

---

15) Pigeau, T. I. p. 493. „Non seulement il faut que le revenu soit déterminé à 50 Francs, mais il faut qu'il le soit en rente ou par prix de bail . . . . On ne pourroit admettre aucune autre evaluation non faite par les parties; ainsi on ne pourroit ordonner l'estimation par experts." In wiefern ich dieses, in Gemäßheit der Jurisprudenz des Cassationshofes, für richtig halte, darüber habe ich mich bereits geäußert. An eine Taxe, welche die Parteien zur Beurtheilung des Devolutionspunktes, nach erhaltenem Erkenntnisse in erster Instanz, verlangen wollten, kann nicht gedacht werden: es war, wenn in 1ster Instanz der Gegenstand unbestimmt war, das Erkenntniß richtig als ein Urtheil in erster Instanz qualificirt, oder es hatte ipso jure diesen Charakter, wenn es gar nicht qualificirt wurde. Am wenigsten kann der Appellationsrichter eine solche Taxe ex off. dem Appellanten zur Pflicht machen. Wohl konnten aber die Parteien in erster Instanz Maaßregeln ergreifen, um ein ihren Wünschen gemäß qualificirtes Erkenntniß zu erhalten.

16) Vergl. Fr. Heinr. v. Strombeck, Handbuch des westphäl. Prozesses, Th. II., S. 3., welcher diese Theorie (gewiß wenig geglaubt) sehr richtig darstellt.

Merlin, répert., s. v. Dernier ressort, § II. No. 6.

Folgendes Beispiel aus der französischen Jurisprudenz hat so viel Aehnlichkeit mit dem Falle, welchen ich nachher mittheilen werde, daß ich nicht unterlassen kann, es zur Unterstützung meiner Behauptungen anzuführen [17]) (mit Recht dafür haltend, daß die Regeln der französischen Rechtswissenschaft mehr Eingang finden werden, als worauf meine Behauptungen Anspruch machen können).

Durch ein in letzter Instanz abgegebenes Erkenntniß des Tribunals zu Weissenburg war Ludwig Weber verurtheilt, den von Geispitzheimschen Erben einen Erbenzins von 10 Malter Gersten von einer Mühle zu bezahlen, von welchem Zinse der erste behauptete, daß er, als aus der Lehnsverfassung herrührend, aufgehoben worden. Ludwig Weber wandte die Cassation gegen dieses Urtheil ein, und durch ein Erkenntniß, welches den Conklusionen Merlins gemäß abge-

---

T. III. p. 557. „Remarquez bien la manière donc cet article (welcher, wie gezeigt, genau mit dem unsrigen übereinstimmt) veut que l'objet litigieux soit évalué dans les affaires réelles, pour que les tribunaux d'arrondissement puissent les juger en dernier ressort: il faut dit-il, que cet objet soit de 50 livres de revenu déterminé, soit en rente, soit par prix de bail; un tribunal d'arrondissement ne pourroit donc pas juger en dernier ressort une affaire réelle dont le revenu ne seroit pas déterminé ni par prix de bail, ni en rente, quoique d'ailleus l'objet de cette affaire lui parût ne valoir pas plus de 1000 Fr.“

17) S. Merlin l. c. T. III. p. 558.

geben werde, erkannte der Cassationshof unter dem 14ten Prairial XIII:

„Nach Ansicht des 4ten Art. des Tit. 4. des Gesetzes vom 24sten Aug. 1790;

In Erwägung, daß aus dem angefochtenen Urtheile hervorgeht, daß der Kläger jährlich dem Beklagten einen Zins von 10 Malter Gerste zu liefern verurtheilt ist;

daß der Werth dieser [18]) Abgabe nicht bestimmt ist;

daß durch nichts dargethan, daß sie den Werth von 50 Fr. nicht übersteige; [19])

Woraus also folgt: daß das Gericht 1ster Instanz nicht in letzter Instanz erkennen konnte, ohne den angeführten Art. zu übertreten: Cassirt."

Auch in den neuesten Zeiten hat sich, in obiger Hinsicht, die Jurisprudenz Frankreichs keines-

---

18) Es würde auch dieselbe Entscheidung Statt gefunden haben, wenn auch von einer noch geringern Quantität die Rede gewesen.

19) Der Cassationshof verlangte also, daß der Appellat darthue, daß die Sache nicht appellabel sey, und nicht, daß der Appellant, wie es die deutsche Jurisprudenz erfordert, Summam appellabilem deducire. Fiele aber der Mangel der Appellationssumme sogleich in die Augen, wäre, z. B., von einer Rente von einem bis zehn Himpten Rocken die Rede, so halte ich dafür, daß es hinlänglich sey, wenn der Appellat dieses allegire, um eine Verwerfung der Berufung auszuwirken. Hier war der Werth des Objects in erster Instanz dahin determinirt, daß es gewiß war, er erreiche die Appellationssumme nicht.

weges geändert, wie folgender Rechtsfall beweiset: [20])

Das Tribunal 1ster Instanz zu Toulon erklärte den Verkauf eines Stück Landes, welcher für die Summe von 600 Fr. Statt gehabt hatte, für nichtig.

Der Käufer nahm gegen dieses Erkenntniß deshalb die Cassation zur Hand, weil das Erkenntniß als in letzter Instanz abgegeben bezeichnet war.

Der Art. 5. Tit. 4 des Gesetzes vom 24sten August 1790 erlaube (sagte er) den ersten Richtern nicht, in letztet Instanz zu erkennen, als in dem Falle, wo die streitige Sache bestimmt sey, und 1000 Franken oder resp. 50 Franken jährlicher Renten nicht übersteige.

Im gegenwärtigen Falle sey die Sache nicht bestimmt, denn der Verkauf für 600 Fr. sey als nichtig angefochten.

(Es hätte hinzugesetzt werden können, daß es auf eine Bestimmung des Kaufwerths bei einem Grundstücke nicht ankomme, und daß von einem Renten- oder Pachtertrage nicht die Rede gewesen sey.)

Das Erkenntniß des Cassationshofes war folgendes:

Der Cassationshof:

Nach Anhörung der conformen Conclusionen des H. Jourde S. P. G.;

---

20) Jurisprudence sur la procédure, T. III. S. 61.

Nach Ansicht des Art. 5. Tit. 4 des Gesetzes vom 24sten August 1790;

In Erwägung, daß das angefochtene Erkenntniß in letzter Instanz über eine unbewegliche Sache entschieden hat, und über einen Gegenstand dessen Ertrag durch keines der Elemente bestimmt war, welche das Gesetz angenommen:

Cassirt. (11ten October 1808.)

Die zweite Section des Appellationshofes hat diese Theorie am 1sten Februar 1812 in folgender Sache zur Anwendung gebracht, die auch in der Hinsicht nicht uninteressant ist, daß sie einen neuen Beitrag zu der Lehre von der Anwendung der neuen Legislation in Betreff der Gewerbefreiheit und Patentsteuer auf in Erbpacht gegebene Grundstücke liefert, worüber ich jedoch mich weitere Ausführungen enthalte, da dieser Gegenstand schon hinlänglich in diesem Werke erörtert ist.

Zwischen den von Jeetze zu Klöeden (Vorfahren des Beklagten, Dohmherrn von Levetzow zu Hohenwulsch) und dem Müller Rübesehl, Vorfahren des Klägers, war im Jahre 1726 ein Contract dahin geschlossen:

Rübesehl solle eine Windmühle in ganz fertigem Zustande, auf seine Kosten, vor des von Jeetze Dorfe Graffau hinsetzen, und zwar gegen Martini des Jahrs 1726. Rübesehl solle alsdann die Mühle in Besitz nehmen, und davon alljährlich auf Weihnachten an den von Jeetze

12 Scheffel reinen Rocken liefern, und verspräche auch sonst als Unterthan treu und hold zu seyn. Uebrigens wurde obige Abgabe in der Folge des Contracts eine „Pacht“ genannt.

Bis zu den gegenwärtigen Zeiten wurde diese Pacht ohne Widerspruch entrichtet. In der constitutionellen Gewerbefreiheit und Patentsteuer glaubte jedoch der jetzige Inhaber der Mühle, Rübesehl, einen Grund zu finden, dem Nachfolger der von Jeetze, Dohmherrn von Levetzow, die Pacht künftig verweigern zu können, behauptend (indem er bei dem Tribunale zu Stendal klagend auftrat), es werde solche nicht für die Ueberlassung irgend eines Grundstückes, sondern für die Mühlengerechtigkeit bezahlt, diese übe er jetzt, vermöge des erhaltenen Patents, aus eignem Rechte, und habe also nicht nöthig, dem Herrn von Levetzow davon Pacht zu entrichten. Daß er, Rübesehl, durch neu angelegte Mühlen in seinem Gewerbe gekränkt sey, behauptete er nicht.

Der Beklagte setzte diesem entgegen, es sey hier von einer Erbpacht, nicht aber von einem Nahrungs- oder Schutzgelde, die Rede. Diese Erbpacht habe Klägers Vorfahr dafür versprochen, daß ihm der Vorfahr des Beklagten eingeräumt, auf seinem Grund und Boden eine Mühle erbauen zu dürfen, welche dieser nur daselbst zu besitzen berechtigt gewesen. Der Pachtzins erfolge also von der Mühle selbst, und jeder Besitzer der-

selben sey sie zu entrichten verpflichtet. Die Patentsteuer könne kein Surrogat dieser Erbpacht seyn: es sey jene eine geringe öffentliche Abgabe, die in die Stelle der ehemahligen Gewerbesteuern, als Mühlenschatz, u. s. w., getreten. Die Erbpacht müsse, nach dem Art. 9 des königlichen Decrets, d. d. 23sten Januar 1808, fortdauern; sie sey der Preis der Ueberlassung eines Eigenthums, und das Zeichen des dem Grundherrn zustehenden, und diesem conservirten, dominii directi.

Das Tribunal zu Stendal sprach den Kläger von der Verpflichtung der fernern Entrichtung der fraglichen zwölf Scheffel frei.

Hiergegen appellirte der Beklagte. Der Kläger behauptete jedoch die fehlende Competenz des Appellationshofes, da das streitige Object, nach einem Durchschnittspreise von 30 Jahren, nur 71 Franken 29 Cent. betrüge, welches also die Appellationssumme von 100 Fr. nicht erreiche.

In erster Instanz hatte keine Evaluation des Klaggegenstandes Statt gehabt, wobei auch wohl auf die übrigen, außer der Pacht, einem Erbverpächter zustehenden, Gerechtsame hätte Rücksicht genommen werden müssen.

Der Appellationshof erkannte sich nicht allein, in Gemäßheit der Conclusionen des öffentlichen Ministerii für competent, sondern hob auch die vorige Sentenz völlig auf.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht der Art. 3 und 4 des III. Tit. des königlichen Decrets d. d. 27sten Januar 1808; [21])

In Erwägung,

den Competenzpunkt betreffend,

daß die Districtstribunale in der Regel, in Ansehung aller persönlichen, dinglichen und gemischten Klagen lediglich in erster Instanz erkennen, und daß diese Regel nur dann eine Ausnahme leidet, wenn eine solche bestimmt, gewisser Gegenstände wegen, in den Gesetzen enthalten ist;

In Erwägung, daß in Hinsicht der unbeweglichen Gegenstände, wozu das Object des gegenwärtigen Rechtstreites gehört, sich eine Ausnahme von der Regel auf den Fall findet, wenn das Klagobject bestimmt nicht mehr als 100 Franken an jährlichen Pachtgeldern oder Renten abwirft oder ausmacht;

In Erwägung, daß aus dem Umstande, daß das Gesetz, zur Begründung der Ausnahme von der Regel, fordert, daß das Klagobject in Hinsicht seines Geldertrages über 100 Fr. völlig bestimmt sey, folgt, daß jede Unbestimmtheit, in dieser Hinsicht, wiederum die Regel herbeiführe, und die Ausnahme ausschließe;

---

21) (Art. 28. 29 der neuen Auflage des Gesetzbülletins).

In Erwägung, daß, damit der Richter erster Instanz wisse, ob er berechtigt sey, ein Erkenntniß in letzter Instanz abzugeben, es nothwendig ist, daß jene Bestimmung des objecti litis auch bereits in den Verhandlungen in erster Instanz Statt gehabt habe, und dieses nur dann eine Ausnahme leiden kann, wenn das objectum gravaminis von dem ursprünglichen objecto litis verschieden seyn sollte;

In Erwägung, daß im vorliegenden Falle sowohl das Streitobject, als das objectum gravaminis, in einer jährlichen Abgabe von 12 Scheffel reinen Rockens besteht, daß dasselbe in Hinsicht seines Werths, für einen Durchschnitt von mehrern Jahren, in erster Instanz keine feste Determination erhalten; woraus (da diese Bestimmung nicht sofort klar wird) folgt, daß hier von einem objecto litis indeterminato die Rede, welcher einzige Umstand hinlänglich ist, wiederum die Regel der Appellabilität eintreten zu lassen;

In Erwägung, daß diese Theorie um so mehr mit Sicherheit für die richtige in dieser Materie, worin die französische und westphälische Legislation gänzlich mit einander übereinstimmen, angenommen werden kann, da sie von der französischen Jurisprudenz nie bezweifelt worden, und anzunehmen steht, daß der Gesetzgeber, indem er in das königliche Decret d. d. 27sten Januar 1808 die Worte des französischen Gesetzes, d. d. 24sten August 1790,

aufnahm, auch deren Sinn habe aufnehmen wollen:

Erkennt:

daß von dem vorigen Richter nur in erster Instanz gesprochen,

Läßt mithin die Appellation zu [22]), und

Verordnet

die Fortsetzung der gerichtlichen Vorträge in der Hauptsache.

Nach fernerer Anhörung der Sachwalter der Parteien;

Nach Ansicht des Art. 9 des königlichen Decrets vom 27sten Januar 1808;

In Erwägung, daß nach Maaßgabe dieser gesetzlichen Vorschrift, die bisherigen Herren das dominium directum und alle diejenigen Rechte, welche nicht, als von der Leibeigenschaft abhängig, aufgehoben sind, behalten, worunter nahmentlich „Zinsen und Renten" gerechnet werden, als welche als der Preis der Ueberlassung des nutzbaren Eigenthums im Zweifel zu betrachten;

In Erwägung, daß das gedachte k. Decret bestimmt diejenigen Abgaben aufführt, welche, als

---

22) Auf eine gleiche Art ist nachher stets, und nahmentlich am 11ten Jul. 1812 in S. Albrecht g. Harling erkannt, wo auch der Grundsatz deutlich ausgesprochen wurde, daß nicht der Appellant Summam appellabilem zu deduciren, sondern der Appellat deren Nichtdaseyn erweisen müsse.

mit der jetzigen Constitution unvereinbar, aufgehoben worden, daß aber unter diesen sich keinesweges Rechte befinden, welche mit den im Frage stehenden in eine Categorie zu setzen;

In Erwägung, daß in dem vorliegenden Falle diejenige Kornabgabe, welche Appellant von dem Appellaten von der fraglichen Windmühle verlangt, in dem von dem Kläger selbst producirten Documente d. d. 11ten August 1726 eine „Pacht" genannt wird;

In Erwägung, daß es jetzt, nach Verlauf von fast einem Jahrhundert, nicht ferner darauf ankommen kann, zu untersuchen, auf welche Art dieses Verhältniß entstanden: genug, daß es vorhanden, und daß es durch die bestehenden Gesetze nicht aufgehoben;

Erkennt:

daß von dem Tribunale zu Stendal durch dessen Erkenntniß d. d. 1sten October 1811 übel gesprochen, wohl appellirt, mithin solches gänzlich aufzuheben, Beklagter und Appellant von der angestellten Klage zu entbinden, Kläger aber in die sämmtlichen Kosten beider Instanzen zu verurtheilen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellationsrichter. H. Blumenbach, S. P. G.

LVI.

Appellationsfrist. — Monath.

Wie viele Tage sind bei Beurtheilung der Appellationsfrist auf einen Monath zu rechnen?

Der Art. 345 der Prozeßordnung (C. de pr. fr. 443) schreibt vor:

„Die Frist zur Appellationseinwendung ist zwei Monathe [1]), und läuft bei Erkenntnissen, welche nach Anhörung beider Theile gegeben wurden, von dem Tage an, wo dieselben der Partei in Person oder an ihrem Wohnsitze insinuiret wurden.“

Die Frage: Ob die Bestimmung des Art. 953 der Prozeßordn. (1033. C. de pr. fr.) bei der Berechnung dieser Frist zu berücksichtigen, ist, aus Gründen, welche bereits von dem Herrn Dr. Pfeiffer hinlänglich entwickelt sind [2]), zu verneinen, und ich enthalte mich um so mehr, etwas auf diese Frage Bezug habendes hinzuzufü-

1) Drei Monate, C. de pr. fr.

2) Rechtsfälle z. Erl. der Prozeßordn. Th. I. S. 23 ff. und S. 315 ff.

gen, da sie jetzt von dem königlichen Staatsrathe, als Cassationshofe, ebenfalls verneint wird [3]).

Verschieden von dieser Frage ist aber die: Welch einen Zeitraum versteht hier das Gesetz unter dem Ausdrucke „Monath" da dieses Zeitmaaß in der bürgerlichen Zeitrechnung, auf eine dreifache, ja, wenn man die Schaltjahre

---

3) Durch ein Erkenntniß d. d. 1sten December 1810 (Moniteur Westph. 1811. No. 31.) wurde sie, zwar in Beziehung auf einen correctionellen Fall, jedoch mit Bezugnahme auf den Art. 953 der Prozeßordn., bejahet: „Qu'il est de règle que dans les délais d'appel, comme dans ceux d'ajournement et de procédure quelconque (Art. 953. C. de pr. c.), on ne doit jamais comprendre ni le jour de la publication, ni celui de l'échéance . . ." Unstreitig ist jedoch die entgegengesetzte, durch ein Erkenntn. d. d. 15ten März 1811 (Moniteur Westph. No. 161.) ausgesprochene, Jurisprudenz richtiger, welche folgendermaaßen motivirt ist: „Que la loi qui dispose que le delai pour interjetter appel sera de deux mois, et que ce delai emportera décheancé, ne peut être interprétée autrement, si non que toute partie domiciliée dans le Royaume de Westphalie, quel que soit l'éloignement de son domicile de la résidence du tribunal, doit interjetter appel dans le delai de deux mois, à peine de déchéance, et que les dispositions de l'art. 953. du Code de procédure civile ne se rapportent qu'au delai général de quinze jours, fixé pour les ajournemens, citations etc., mais non au delai pour interjetter appel." Vergl. Praticien fr., T. I. p. 307 und T. V. p. 423. Jurispr. sur la procéd., T. I. p. 83. 334., T. II. p. 249., T. III. p. 58. 418. Woraus man ersieht, daß diese Materie eine der streitigsten in der französischen Jurisprudenz sey.

mit in Betracht zieht, gar auf eine vierfache Weise vorkömmt? — „Da es Monathe von 28, 29, 30 und 31 Tagen giebt?

Nicht ohne Schwierigkeit ist die Beantwortung dieser Frage, denn weder die römischen Gesetze [4]), noch die ältere und neuere französische Jurisprudenz [5]) beantworten sie gleich-

---

4) Nach L. 101. D. de regulis juris scheinen die Monathe nach ihrer in der bürgerlichen Zeitrechnung eingeführten Größe von 30 und 31 Tagen gerechnet zu seyn, da es in solchem Gesetze heißt: „Ubi lex duorum mensium fecerit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est.“ Nach L. 22. § 2. C. de jure deliberandi (VI. 30.) ist hingegen der Monath zu 30 Tagen gerechnet, welches auch nach L. 31. § 22. D. de Aedil. edict. (XXI. 1.) der Fall ist. L. 5. C. pr. de tempor. et reparat. appell. (VII. 63.) enthält hingegen, nahmentlich bei der dreimonathlichen Appellationsfrist der Asiatischen, Pontischen und Thracischen Provinzen, daß diese in „nonaginta et tribus diebus“ bestehen solle, und rechnet also den Monath zu 31 Tagen.

Vergl. Brissonnius, de verbor. sign. ed. J. H. Böhmeri, s. v. mensis. Merlin, rép. s. v. mois.

5) Die ordonnance de commerce von 1673 berechnete den Monath zu 30 Tagen; der Art. 132 des Code de comm. hingegen bestimmt: „Les mois sont tels qu'ils sont fixés par le calendrier Grégorien“, und Delaporte setzt in seinem Commentar hier zu: „Les mois ne se comptent de jour à jour, comme l'usance, mais d'un quantième à l'autre, comme du 10 Août au 10 Sept., quoique les mois ne soient pas composés d'un nombre égal des jours.“

Einige Parlamente nahmen den Monath zu 4 Wochen, also zu 28 Tagen an.

förmig, wohingegen die nicht mehr anwendbaren deutschen Reichsgesetze sie bestimmt dahin entscheiden, „daß je für einen Monath dreißig Tage gerechnet werden sollen" [6]), eine Entscheidung, welche theils durch die Jurisprudenz, theils durch besondere Gesetze, in den meisten deutschen Territorien zur Anwendung gebracht ward [7]).

Da die deutschen Reichsgesetze uns nicht mehr zur Norm dienen können, und da also kein Grund mehr vorhanden seyn kann (bei dem Mangel einer erklärenden französischen Rechtswissenschaft in dieser Materie) [8]), der uns bestimmen könnte, dem

---

6) Cammergerichtsordnung P. II. Tit. 33.

7) Altwein, de legali mensium tempore, § 39. Struben, rechtl. Bedenken, Thl. I. B. 47; Hagemann, über Fristen und Termine, S. 81. Dahingegen Mevius, P. I. decis. 231, die Monathe so wie der angeführte Code de commerce berechnet. — Mehrere Schriftsteller über diese Materie s. bei Müller, in promt. jur., s. v. mensis.

8) Jedoch hat am 27stem December 1811 der französische Cassationshof, bei Gelegenheit der Beantwortung der Frage: Wie viel Tage auf die drei Monathe, welche die Verjährung der Forstverbrechen bewirken, zu rechnen, erkannt: „... attendu que suivant le calendrien Grégorien, qui est celui de l'Empire français, les mois civils ou usuels étoient inégalement composés; c'est par ce calcul seul, c'est-à-dire par l'échéance dés mois, date par date, et non par tels nombre des jours, que doivent se règler les delais fixés par mois; — que de cette règle, consacrée par les lois et la jurisprudence, résulte la diffe-

von dem Gesetze angewandten Ausdrucke eine andere, als die gewöhnliche grammaticalische Bedeutung beizulegen, so ist es unstreitig am sichersten die Worte:

„die Frist zur Appellationseinwendung ist
„zwei Monathe"

so zu erklären, daß darunter zwei solcher Monathe des gregorischen Calenders verstanden werden, wie sie eben für jeden vorliegenden Fall der Calender darbiethet, ohne auf deren zufällige Länge Rücksicht zu nehmen; so daß also die Frist (ohne den Tag, an welchem die Insinuation geschah, mitzurechnen, denn dieser ist für den Appellanten nicht vollständig vorhanden) 9) sich mit demjenigen Tage

rence qui existe, et qui doit exister, entre les delais de tel nombre des mois, et ceux qui se mesurent et se determinent par tel nombre des jours; . . . que si quelques lois romaines relativement à des cas particuliers, ont fixé à trente le nombre des jours, d'autres à trente-un, d'autres à trente et trente-un alternativement, chacune de ces lois n'a dû servir de règle que pour le cas auquel elle s'appliquoit"; . . . Sirey, 1812. I. Cah. VI. p. 200.

9) Vergl. Pfeiffer, l. c. S. 31. „Natürlicherweise kann man doch, wenn etwas den 5ten Mai insinuirt wird, nicht eher als den 6ten sagen, daß ein Tag der davon abhängigen Frist verlaufen sey, und folglich erst am 5ten Jul., daß ein, und am 5ten Aug. daß drei Monathe verflossen seyen. Diesem steht nicht entgegen, daß das Gesetz sagte: „welche Frist von dem Tage der Insinuation . . . läuft": denn es bestimmte nicht, ob einschließlich, oder ausschließlich dieses Tages. Das erste ist aber deshalb nicht zu ver-

des dritten Monates schließe, mit welchem sie im ersten anfing. Eine Erklärung, welche dadurch sehr unterstützt wird, daß das Gesetz, wo es bestimmt die Absicht zeigt, eine 30tägige Frist ausdrucken zu wollen, diese auch mit ausdrücklichen Worten auf 30 Tage, und nicht auf einen Monath, festsetzt [10].

Nach dieser Theorie, die sich auch durch die Leichtigkeit, womit die Frist berechnet werden kann, empfiehlt [11], kann also jemand, dem das beschwerliche Erkenntniß am 1sten Januar insinuirt wurde, davon annoch am 1sten, nicht aber mehr am 2ten März appelliren [12].

---

muthen, weil dann der Appellant keine volle zwei Monathe zur Einlegung hätte. Hiermit stimmt ein Erkenntn. des franz. Cassationshofes, d. d. 9ten Nov. 1808, überein. Jurisprudence sur la procédure, p. 58.

10) Pr.-Ord. Art. 621; Code de pr. fr. Art. 674.

11) Vergl. Mevius, dec. P. I. dec. 231. „.... sic usibus humanis et captui hominum jura applicare aequius et judici in judicando expeditius est.“

12) Wie, wenn aber der letzte Tag, an welchem die Insinuation annoch geschehen kann, ein Sonntag oder Festtag wäre? — In diesem Falle sollte ich nicht zweifeln, daß annoch der folgende alsdann benutzt werden könnte. Zwar verordnete bereits die Ordonnance von 1667, T. IV. Art. 7. „Toutes les jours seront continus et utiles pour les delais des assignations et procédures, même les Dimanches, Festes solemnelles, et les jours de vacations et autres auxquels il ne se fait aucune expédition de justice“; aber bereits Jousse macht hierzu die Bemerkung: „Mais si delai de l'as-

Obige Grundsätze, sind von der zweiten Section des Appellationshofes am 28sten Mai 1812 in Sachen Sudhoff g. Strack ausgesprochen, wie dieses vorher auch schon in einer andern Sache von der 1sten Section geschehen ist.

Urtheil.

Nach Ansicht des Art. 345 der Pr. = Ord.:

In Erwägung, daß die Frist zur Appellationseinwendung von dem Gesetze bestimmt auf zwei Monathe festgesetzt ist, und daß mithin keine Ursache vorhanden, durch welche man bewogen werden könnte, von der im bürgerlichen Leben üblichen Bedeutung dieses gesetzlichen Ausdruckes abzuweichen, mithin also die hier in Frage stehende Frist so zu computiren, daß sie an eben demjenigen Tage des dritten Monathes ablaufe, an

signation échet l'un de ces jours, la cause est remise de plein droit au lendemain, ou au plus prochain jour plaidoyable." Auch scheint mir dieses in der Billigkeit zu beruhen, da das Gesetz dem Appellanten volle zwei Monathe gewährt, er also aus dem Umstande, daß er an dem letzten Tage dieser Frist nicht handeln kann, keinen Schaden haben darf. Nach diesen Grundsätzen erkannte auch am 18ten Febr. 1811 der Appell. = Hof zu Montpellier: „Attendu que lorsqu'un délai de rigeur expire un jour de férie, pendant lequel la loi défend de faire toute acte judiciaire, ce dernier jour inutile ne doit pas compter pour l'expiration du délai, rejette la fin de non-recevoir." Bibliothéque du Barreau T. VII. N. XI. p. 454.

welchem sie in dem ersten begonnen, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, aus wie viel Tagen die beiden abgelaufenen Monathe bestanden haben;

In Erwägung, daß mithin, in dieser Hinsicht [13]), die zur Hand genommene Appellation als untadelhaft erscheint;.....

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, Stromeyer, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellations-Richter.

---

13) Die Insinuation der Appellationsanzeige war wiederum von einem Subjecte geschehen, welches sich lediglich als Friedensgerichtshuissier qualificirt hatte, und wurde daher, nach der festen Jurisprudenz beider Sectionen des hiesigen Appellationshofes, die Appellationseinwendung für nichtig erklärt. Vergl. Rechtswissenschaft, Th. I. S. 697. und Pfeiffer's Rechtsfälle z. Erl. d. Proc.-Ord., Th. I. S. 376, woselbst die entgegengesetzte Jurisprudenz der IIIten Sect. des königl. Appellationshofes zu Cassel entwickelt ist.

LVII.

Audienz der Référés. — Verhaftung.

Ist ein Präsident berechtigt, durch eine im Référé-Verfahren ertheilte Ordonnanz, auf Verhaftung zu erkennen?

Die Frage, ob der Präsident eines Gerichts, oder der seine Stelle vertretende Richter, durch eine auf ein Référé-Verfahren abgegebene Ordonnanz die Verhaftung [1]) einer Person verfügen könne, wird bis jetzt weder durch die französi-

1) Eine Geschichte der französischen Legislation über die Verhaftung findet man in der Jurisprudence du Code civil, T. VI. p. 178 f. Diese Geschichte läßt sich in Hinsicht der neuern Zeit füglich in 4 Perioden theilen. I. Die Gesetzgebung der Ordonnance von Moulins, von 1666: — Verhaftung aus jedem Urtheil, wenn es binnen 4 Monathen nicht befolgt war; II. — Der Ordonnance von 1667: — Mit wenigen Ausnahmen die Legislation des C. N.; III. — der Revolution: — Abschaffung der Verhaftung in Civilsachen; doch bald, mit Modificationen, Herstellung der ältern Gesetze; IV. — Des C. N. Gute Aufschlüsse zu der Geschichte der Gesetzgebung von der Verhaftung in Jousse, (Conseiller au présidial d'Orleans) nouveau commentaire sur l'ordonnance civile de 1667, ad Tit. XXXIV, (Paris 1767, 2 Bände). Die Ordonnance ist diesem

sche noch durch die westphälische 2) Jurisprudenz auf eine gleichförmige Weise beantwortet.

Da die letztere noch keine Entscheidungen der Obergerichte über diesen wichtigen Gegenstand enthält: so beschränke ich mich darauf, ehe ich meine eigne Ansicht, in Beziehung auf denselben, darlege, die Erkenntnisse zweier französischen Obergerichte mitzutheilen, welche aus zwei ganz entgegengesetzten Gesichtspuncten abgefaßt zu seyn scheinen.

Die verneinende Meinung ist in folgendem Verfahren auf das bestimmteste ausgedruckt worden 3).

Ribes war durch den Huissier Valette zum Aufseher über mit Arrest belegte bewegliche Gegenstände bestellet. Der Arrest war von

---

Commentare beigedruckt. — Vergl. Bauer, Beiträge zur Charakteristik und Critik des C. N. Abth. I. S. 32.

2) In meinen Formularen zur westphälischen Pr.=Ord. Thl. II. S. 350 war behauptet, daß der Präsident in einer Ordonnanz auch auf die Verhaftung erkennen könne; wobei ich mich auf ein in der Jurispr. sur la proc. T. II. S. 187 — 190 mitgetheiltes Erkenntniß des kayserl. Gerichtshofs zu Paris bezog. — Die entgegengesetzte Meinung findet man ausgeführt in H. Oesterley's pract. Erläut., Th. III. S. 84. (2te Aufl.); H. Rosenthal's Bemerkungen u. s. w., in Oesterley's Magazine, B. IV. St. 2. S. 191, und den daselbst angeführten Schriftstellern.

3) Jurisprud. sur la proc. T. I. S. 148 f. — Ich halte es nicht für uninteressant, diese Sache etwas ausführlicher mitzutheilen, da auch die übrigen in derselben entschiedenen Rechtsfragen von sehr practischer Beschaffenheit sind.

Carriere ausgewirkt. Ribes vermochte die ihm anvertrauten Gegenstände nicht wieder herbeizuschaffen, und wurde daher in einem Référé-Verfahren in Anspruch genommen.

Der Präsident des Tribunals zu Montpellier erließ eine Ordonnanz, worin auf die Verhaftung des Ribes erkannt ward.

Ob nun gleich diese Ordonnanz nicht mit der executorischen Clausel versehen wurde, so ließ Carriere, dessen ungeachtet, den Ribes, auf den Grund einer simpeln Ausfertigung, durch den Huissier Valette verhaften. Dieser insinuirte bei dieser Gelegenheit dem erstern keine zur Vollziehung der Verhaftung erhaltene Vollmacht.

Ribes schaffte nun die fraglichen Möbeln wieder herbei, und gab sie dem Huissier Valette zurück.

Nachdem dieses geschehen, wandte sich der erstere an das Tribunal, mit der Bitte, da der Grund seiner Verhaftung wegfiele, ihn wieder in Freiheit zu setzen.

Er wurde jedoch mit diesem Gesuche abgewiesen [4]).

Solchergestalt in der Erfüllung seiner Wünsche gehindert, versuchte er es nun, seine Freiheit

---

4) Weßwegen, sagt die Proceßgeschichte nicht: vielleicht, daß noch die Bezahlung eines Schadensersatzes verlangt wurde.

auf einem andern Wege zu erlangen: er griff das bisherige Verfahren, und seine Einkerkerung, als nichtig an.

Auch mit diesen Anträgen wurde er abgewiesen.

Nun appellirte er, wobei er diejenigen Gründe entwickelte, welche in dem nachher mitzutheilenden Erkenntnisse des Appellationshofes zu Montpellier aufgeführt sind. Der Appellat Carriere hingegen bezog sich auf die Entscheidungsgründe, womit die ersten Richter ihre Sentenz unterstützt hatten.

Er behauptete nämlich:

1) Der Appellant müsse mit seinem Antrage auf Freilassung abgewiesen werden, weil er bereits durch das rechtskräftig gewordene, auf andere, als die gegenwärtig zur Sprache gebrachten Gründe gebaute, Tribunalserkenntniß damit zurückgewiesen sey.

2) Weil ein Tribunalspräsident, indem er im Référé-Verfahren verfügt, dieselbe Gewalt als das ganze Tribunal ausübe, und also seine Ordonnanzen mit derselben Kraft als Urtheile ausgestattet wären; es seyen jene, bis eine Aufhebung derselben in der höhern Instanz erfolget, executorisch.

3) Es sey wahr, daß der § 2 des Art. 780 des Code de proc. [5]) verordne, daß derje-

5) Art. 711 der westph. Pr.-Ord.

nige Huissier, welcher dem Schuldner das Verhaftungserkenntniß insinuire, einen besondern Auftrag von dem Tribunale oder dessen Präsidenten erhalten haben müsse: da jedoch die Beobachtung dieser Form nicht bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben worden, so schade auch ihre Nichtbeobachtung keinesweges.

4) Es beziehe sich der Art 545 des Code de proc. [6]) nur auf Urtheile und Notariatsacte, und könne also auf Präsidialordonnanzen nicht angewendet werden, daher es denn auch nicht nothwendig, daß die hier in Frage stehende Ordonnanz, mit den executorischen Formen versehen gewesen sey.

5) Es schreibe der Art. 556 des Code de procédure [7]) freilich vor, daß der, die Verhaftung vollziehende, Huissier mit einer Specialvollmacht versehen seyn müsse; deren Insinuation an den Schuldner sey aber nicht verordnet.

6) Wenn auch die Verhaftung des Ribes nichtig sey, so könne er doch keinen Schadensersatz von dem Appellaten fordern: der arme Gläubiger wäre schon genug durch die Aufwendung seines Geldes und seiner Bemühungen gestraft.

---

6) Art. 493 der westph. Pr.-Ord.

7) Art. 500 der Pr.-Ord., welcher noch weiter als jener Artikel geht, indem er eine Specialvollmacht behuf einer jeden Art der Vollstreckung erfordert.

7) Ueberdem sey es in diesem Falle gerecht, daß der Präsident und der Huissier die Kosten stünden, denn sie seyen die wahren Urheber der allenfallsigen Nichtigkeiten, und nicht der Appellat.

Es erfolgte hierauf folgendes

Urtheil.

„Der Appellationshof stellt zuvörderst folgende Fragen auf:

1) Kann dem Ribes annoch nachgelassen werden, die Nichtigkeitserklärung seiner Einkerkerung zu fordern?

2) Ist die Ordonnanz, welche seine Verhaftung verordnete, nichtig?

3) Ist die Insinuation dieser Ordonnanz nichtig?

4) Hat die Einkerkerung Statt haben können, ohne daß die Ordonnanz mit der executorischen Clausel versehen war?

5) War der Huissier gehalten, ehe er zu der Verhaftung des Ribes schritt, ihm eine Specialvollmacht vorzuzeigen?

6) Muß die Arrestation annullirt werden, und hat Ribes ein Recht auf Schadensersatz?

7) Wer trägt die Unkosten?

In Erwägung, daß, soviel die erste Frage angeht, es, in Betreff der Thatumstände, allerdings gegründet, daß Ribes den Carriere

am 29sten April vorladen ließ, um zu sehen, wie er aus der Ursache in Freiheit gesetzt werden würde, daß er die ihm anvertrauten Möbeln an den Huissier Valette ausgehändigt habe; — wie auch, daß er, Ribes, mit diesem seinen Antrage, durch ein Erkenntniß, d. d. 30sten April, abgewiesen worden; — daß jedoch, was den Rechtspunct anbetrifft, man aus diesen Umständen keine Einrede gegen die geforderte Annullation der Verhaftung herzunehmen vermag, weil von keinem Vertrage, oder einer unwiderruflichen Beruhigung, die Rede seyn kann, wenn es auf die Freiheit eines Menschen ankömmt . . . .;

In Erwägung, was die zweite Frage angeht, daß eine Verhaftung lediglich durch ein Urtheil verfügt zu werden vermag, — welches aus dem Art. 780 des Code de procéd. deutlich hervorgeht; — daß aber eine von dem Präsidenten abgegebene Ordonnanz kein Urtheil ausmacht, indem nur die in der gesetzlichen Anzahl versammelten Richter ein solches zu Stande zu bringen vermögen, daher denn auch die gegen Ribes erkannte Verhaftung für unregelmäßig und nichtig geachtet werden muß;

In Erwägung, in Hinsicht der driten Frage, daß die Insinuation dieser Ordonnanz ebenfalls nöthig ist, indem der Art. 780 des Code de procéd. ausdrücklich verlangt, daß die Insinuation eines Erkenntnisses, wodurch persönliche

Haft verfügt wird, durch einen von dem Tribunale oder dem Präsidenten besonders beauftragten Huissier geschehen solle, welche Form nicht beobachtet ist;

In Erwägung, was die vierte Frage angeht, daß, nach dem Art. 545 des Code de proc., kein Urtheil oder Act in Vollzug gesetzt werden kann, wenn sie nicht gleich den Gesetzen betitelt, und mit der Vollziehungs-Clausel versehen sind, welche Form ebenfalls nicht beobachtet worden;

In Erwägung, in Hinsicht der fünften Frage, daß es nicht erforderlich, daß der Huissier die ihm zur Vollziehung einer Verhaftung nöthige Vollmacht dem Schuldner insinuire, also darin, daß dieses nicht geschehen, kein Grund gegen die Gültigkeit der Verhaftung zu finden ist; 8)

In Erwägung, in Betreff der sechsten Frage, daß die Verhaftung, aus den angeführten verschiedenen Gründen für nichtig erklärt werden muß, daher denn auch dem Ribes Anspruch auf Schadensersatz, wegen des ihm zugefügten Unrechts, allerdings zusteht, welcher Schadensersatz jedoch auf 25 Franken zu bestimmen ist; 9)

---

8) Jedoch ist keinen Augenblick daran zu zweifeln, daß der Schuldner, indem die Verhaftung vollzogen werden soll, auf die Vorzeigung der Specialvollmacht dringen könne.

9) Ribes war schon vor dem 29sten April verhaftet, erhielt erst am 19ten Junius seine Freiheit, und für diese, doch für unregelmäßig erkannte, Verhaftung von fast zwei

In Erwägung, daß der Appellat in die Kosten verurtheilt werden muß, indem er es sich allein beizumessen hat, eine nichtige Execution bewirkt und vertheidigt zu haben:

Reformirt

das Erkenntniß des Tribunals zu Montpellier, d. d. 30sten April d. J., indem er die Sache zur Entscheidung behält,

Annullirt

er die Ordonnanz des Tribunals-Präsidenten, d. d. 23sten März d. J., und

Verordnet,

daß Ribes in Freiheit gesetzt werden soll, wozu der Gefangenwärter durch alle rechtliche Mittel gezwungen werden kann;

Desgleichen, daß das Verhaftungsprotocoll durchstrichen werde, u. s. w."

(19ten Jun. 1807.)

Hier wäre also ein in bester Form abgegebenes Erkenntniß, wodurch dem Präsidenten die Berechtigung auf Verhaftung zu erkennen abgesprochen ward.

Eben so förmlich ist ihm dieses Recht in folgender Sache zuerkannt 10).

Monathen, nur einen Schadensersatz von 25 Franken. Unstreitig kam dieses daher, daß Ribes sich durch seine unrechtmäßigen Handlungen den Arrest selbst zugezogen hatte.

10) Jurisprudence sur la procéd. T. II. p. 187; Rechtswissenschaft, Thl. I. S. 171.

Madame Ampère lebte bei ihren Aeltern, und weigerte sich, zu ihrem Ehemanne zurückzukehren. Mehrmahls forderte sie ihr Mann zur Erfüllung ihrer Pflichten auf. Jeder Versuch dieser Art blieb ohne Erfolg. Nun wandte er sich an den Präsidenten des Tribunals zu Paris, und dieser ertheilte, auf des Klägers Antrag, in einer Audienz der Référés, folgende

Ordonnanz.

„In Erwägung, daß Frau Ampère der Aufforderung ihres Ehemannes nicht nachgelebt hat;

Daß die Frau, nach Maaßgabe des Art. 214 C. N, verpflichtet ist, bei ihrem Manne zu leben, und ihm dahin zu folgen, wohin er seinen Wohnsitz zu verlegen für gut findet;

Verordnen wir:

daß Frau Ampère, an dem Tage der Insinuation der gegenwärtigen Ordonnanz, gehalten seyn soll, sich in die Wohnung ihres Ehemannes zu begeben, und wann sie dieses nicht thun würde: so ermächtigen wir den H. Ampère, kraft gegenwärtiger Ordonnanz, seine Frau durch den diese Verfügung überbringenden Huissier verhaften zu lassen, wo er sie finden wird, um sie in seine Wohnung zu führen.“

Hiergegen appellirte Madame Ampère an den Appellationshof zu Paris, welcher jedoch die Ordonnanz bestätigte.

Urtheil.

„Der Appellationshof, indem er über die von der Frau Ampère zur Hand genommene Appellation gegen die Ordonnanz des Präsidenten des Civiltribunals des Departements der Seine, d. d. 5ten April d. J., verfügt, verwirft die Berufung und

Verordnet,

die Gründe des ersten Richters billigend, daß die fragliche Ordonnanz vollzogen werde, schiebt jedoch die Execution des gegenwärtigen Erkenntnisses acht Tage lang, von der Insinuation desselben angerechnet, auf, u. s. w." (4ten Jul. 1808.)

Eben so verschieden, als diese beiden Erkenntnisse in Hinsicht der ihnen zum Grunde liegenden Principien sind, sind es auch die Meinungen der französischen Rechtsgelehrten über die Beantwortung der aufgeworfenen Frage [11]).

---

11) Vergl. Merlin, rép. univ. s. v. Contrainte par corps. „Contrainte par corps se dit, tantôt du jugement, ordonnance ou commission qui permet au créancier de faire emprisonner son debiteur en matière civile . . . ." Pigeau, T. I. p. 108. „L'ordonnance sur référé est essentiellement provisoire et ne porte par conséquent aucun préjudice au principal. Dès-lors un individu emprisonné provisoirement en vertu d'une ordonnance sur référé, pourroit au principal faire prononcer la nullité de son emprisonnement et vice versa." Hier setzt doch bestimmt Pigeau voraus, daß ein Präsident, durch eine Référé-Or-

Was ist nun, bei dieser sich widerstreitenden Jurisprudenz Rechtens?

Zuvörderst leidet es wohl nicht den geringsten Zweifel:

daß die persönliche Verhaftung selbst in den Fällen, wo die Gesetze sie genehmigen, nur vermöge eines Erkenntnisses (jugement) verhängt werden könne,

denn dieses schreibt das Gesetzbuch Napoleons, mit ausdrücklichen Worten, im 2067sten Art. vor, und der Art. 711 der Pr.-Ord. (Art. 780 Code de proc.) stimmt damit wörtlich überein. Es hängt also die Entscheidung der ganzen Streitfrage davon ab: Was versteht das Gesetz hier unter dem Worte Jugement?

Jedem Kenner der französischen gerichtlichen Sprache ist es nicht unbekannt, daß dieser Ausdruck in drei verschiedenen Bedeutungen vorkomme.

1) In dem allgemeinen grammatischen Sinne.

---

donnanz provisorisch verhaften zu lassen berechtigt sey: in der Hauptsache aber könne dieser Haft, durch ein Tribunalserkenntniß, aufgehoben werden, woran niemand zweifelt.

Ganz andere Grundsätze stellt dieser Schriftsteller hingegen T. II. p. 336 auf, wo es bestimmt heißt: „Le juge ne peut condamner par corps par une ordonnance sur référé; l'art. 2067 du C. N. exigeant un jugement, qualification qui n'appartient qu'aux décisions émanées du tribunal.“ Man sieht hieraus, mit welcher Vorsicht selbst die besseren Schriftsteller gebraucht werden müssen.

In diesem heißt jede gerichtliche Entscheidung ein jugement [12]).

2) In einem eingeschränkteren Sinne. In diesem bedeutet es einen Ausspruch eines ganzen Gerichts, nach einem Statt gehabten förmlichen Verfahren, im Gegensatz von einer Ordonnanz, die nur von einem einzelnen Mitgliede des Gerichts abgegeben wird [13]).

---

12) Dictionnaire de l'academie française: „Jugement, décision prononcée en justice."

Furretière, dictionnaire universel (ed. de Beauval) „Jugement, se dit aussi des sentences, arrêts et autres décisions qui sont prononcés par l'autorité des Rois etc. par les officiers qu'ils commettent pour rendre la justice en leur place.

Schmiedelin, Catholicon, ou dictionnaire universel „Jugement, ... ein gerichtlicher Spruch, ein Spruch oder Rechtsspruch . . . . ."

Daß diese allgemeine Bedeutung des Worts der gerichtlichen Sprache keineswegs fremd sey, bezeugt Merlin, im répert. universel, s. v. Jugement. „C'est la décision d'une contestation, donnée par un juge compétent, entre personnes capables de plaider. Ce terme est générique: il comprend toutes les espèces de décisions qui se donnent dans les procès."

13) Merlin, répert. s. v. Ordonnance. „On appelle ainsi l'ordre que donne un juge, soit au bas d'une requête, soit à la suite d'un procès-verbal, soit dans tout autre cas déterminé par les lois. L'ordonnance diffère du jugement, en ce que celui-ci est toujours rendu par le tribunal entier, et toutes les parties présentes ou dûment appellées, au lieu que celle-là n'est l'ouvrage que du président ou commissaire du tribunal qui la rend, tantôt sur la demande d'une seule partie, tantôt

3) In einer ganz speciellen Bedeutung. In dieser heißt es ein unterrichterliches (Friedensgerichts- oder Tribunals-) Erkenntniß, im Gegensatze von den Arrêts oder Erkenntnissen der Cours souveraines oder Obergerichte, es mögen diese nun Criminal- oder Appellationshöfe seyn [14]).

Bei dieser Verschiedenheit der Bedeutung des Worts jugement, wird es auf der Stelle klar, daß man aus demselben allein (wie man sowohl in Frankreich als Westphalen versucht hat) die aufgeworfene Frage zu entscheiden nicht im Stand sey. So wie sie auch durch die Natur der Sache nicht verneinend entschieden wird, indem es offenbar nicht auffallender seyn würde, und gewiß kein „exorbitantes Recht" genannt werden könnte, wenn das Gesetz eben dasjenige dem Chef

---

en présence de toutes les parties, ou par defaut contre les parties dûment appellées et non comparantes."

14) Merlin, répert. s. v. Jugement. „On appelle sentences plus particulièrement les jugemens des juges inférieurs qui sont sujettes à l'appel. Les décisions des juges en dernier ressort retiennent le nom de jugement. Celles des cours souveraines sont appellées arrêts." (Vergl. z. B. Art. 4. Tit. XXXIV der Ordon. von 1667, wo es heißt: „pourront les tuteurs et curateurs être contraints par corps . . . . . lorsqu'il y aura sentence, jugement, ou arrêt définitif . . . . ") — „Dans l'usage actuel les décisions des juges inférieurs portent toujours le nom de jugement, soit qu'elles ayent été rendues à la charge de l'appel, soit qu'elles l'ayent été en dernier ressort,"

eines Tribunals einräumte, was es doch offenbar und unbestrittener Weise jedem Friedensrichter einräumt, der doch (obgleich ebenfalls eine isolirte Magistratsperson) jugemens abzufassen im Stande ist [15]), und also in denselben, wenn sich der Fall dazu eignet, auch auf Verhaftung erkennen kann.

In welcher Bedeutung ward denn aber das Wort jugement von dem Gesetze genommen? — Der Natur der Sache nach, läßt sich dieses lediglich aus den Verhandlungen ersehen, welche über den Entwurf des Art. 2067 C. N. im französischen Staatsrathe Statt hatten, wie denn auch allerdings, obgleich bei weiten nicht von gleichem Gewicht, hierbei die officiellen Reden, welche bei der Vorlegung des Gesetzes gehalten wurden, zu Rathe gezogen zu werden verdienen.

Beide geben uns auch hinlänglichen Aufschluß über dasjenige, was uns bis jetzt als ungewiß erscheinen mußte.

Es war der Art. 2067, so wie er sich jetzt in dem C. N. befindet, bereits in dem Entwurfe zu demselben enthalten [16]).

---

15) Sogar Schiedsrichter können, nach französischen Rechten, in Handelssachen auf die Verhaftung erkennen. Sirey, journal de la cour de cassat. 1812. cah. 1. part. I. S. 18, daselbst Erkenntn. des Cassationshofes, d. d. 5ten Nov. 1811.

16) Procès-verbaux du conseil d'état T. III. p. 357.

Niemand dachte, bei der Vorlegung desselben, an die aufgeführte zweite und dritte Bedeutung des Worts jugement. Im Gegentheil, man gab solchem Worte, bei dieser Gelegenheit, eine noch ausgedehntere Bedeutung, als die erste von den drei aufgeführten ist; denn als der Staatsrath Defermon befürchtete, es möchte die Bestimmung, daß nur durch ein jugement eine Verhaftung Statt haben könne, der Beitreibung der öffentlichen Gelder hinderlich seyn (welche bis dahin durch persönliche Haft bewirkt werden konnte): so erwiedert hierauf der St.-R. Treilhard: daß freilich der Artikel, so wie er gefaßt sey, die Anwendung der Verhaftung einschränken würde, indem es nun nicht weiter erlaubt seyn könne, die Schuldner öffentlicher Gelder, ohne alles weitere Verfahren, zu verhaften: daß jedoch durch denselben die Verwaltung (l'administration) nicht behindert werde, auf die Verhaftung zu erkennen, denn die Regel würde ganz allgemein seyn, und ihre Wirkung äußern, durch was für eine competente Behörde auch das jugement ausgesprochen seyn würde [17]).

17) „. . . . . il n'empêcheroit pas l'administration de prononcer la contrainte, car la règle seroit générale et auroit ses effets par quelque autorité compétente que le jugement fut prononcé.“ Procès-verbaux, T. III. p. 357.

Hier ward also das Wort jugement in der allerweitesten Bedeutung genommen, in der es selbst die Aussprüche der Verwaltungsbehörden, nach angehörtem Schuldner, in sich begreift.

Lediglich die Absicht hatte man, zu verhindern, daß executorische Notariatsurkunden nicht sofort, und ohne alles richterliches Zuthun, den Personalarrest bewirken können sollten [18]) (so wie dieses ehedem in Frankreich üblich gewesen war [19]), und selbst diese Einschränkung fand noch

18) Procès-verbaux l. c.; Conférence du Code civil, T. VII. p. 23.; Maleville, analyse ad art. 2067.

19) Jousse, in dem angeführten Commentaire sur l'ordance civile de 1667 bemerkt, in dieser Hinsicht, ad tit. XXXIV, art. 7 folgendes: „Quand la contrainte par corps est convenue par le bail, il n'est pas même besoin d'une sentence pour pouvoir imprisonner; il suffit de faire un commandement préalable. Il faut aussi observer que pour que cette contrainte puisse avoir lieu, le titre doit emporter exécution parée; c'est-à-dire que le bail doit être passé devant Notaire et revêtu des autres conditions dont il a été parlé cidessus.“ (Diese Bedingungen sind die allgemein bekannten.) Außer diesem einzigen Falle konnte, selbst nach der Ordonnance von 1667, keine Arrestation ohne ein richterliches Erkenntniß Statt finden. Es ist dieses durch einen Notorietätsact des Châtelet, d. d. 25sten Jul. 1705, des einzigen Gerichtes, woselbst das Référé-Verfahren vor dem Code de proc. gesetzlich Statt hatte (vergl. Merlin répert. s. v. référé), wie Jousse, in dem Commentare zu der Ordonnance, ad art. IV des Tit. XXXIV, anführt, beurkundet. Aber auch bei dem Châtelet zweifelte man nicht daran, daß durch eine Référé-Ordonnanz,

ihre Bestreiter [20]). Der Staatsrath Jolivet verlangte, z. B., daß die Verhaftung auf den einzigen Grund eines executorischen Titels sollte verfügt werden können, ohne daß es überall einer richterlichen Entscheidung bedürfe. „Der Contract", sagte er, „soll vollzogen werden. Es würde eine außerordentliche Maaßregel seyn, den Gläubiger zu verpflichten, Zeit zu verliehren und mit Unkosten eine überflüßige Formalität zu erfüllen. Ein authentischer Titel muß hinlänglich seyn, wenn er eine von den Gesetzen gebilligte Stipulation enthält. Kraft dieses Grundsatzes wird ein solcher Titel gegen Mobilien zur Wirksamkeit gebracht: warum soll dieß nicht eben so gut gegen die Person der Fall seyn?"

Der Staatsrath Berlier bemerkte dagegen, daß er die Befugniß, die Verhaftung in einen Pachtcontracte stipuliren zu können, für äußerst gefährlich halten müsse, wenn es dem Gläubiger erlaubt seyn sollte, seinen Schuldner an dem Tage

---

in einem Nothfalle, in Civilsachen, eine Verhaftung erkannt werden könnte, vielmehr waren Fälle dieser Art, nach dem Art. 6 des Edicts von 1685, wodurch die Justizverwaltung des Châtelet seine Organisation bekam, vorzüglich zum Référé-Verfahren geeignet. Diese Legislation hat der C. N. dahin bestätigt, daß er sie auch auf die mit der Verhaftungsstrafe bestärkten authentischen und executorischen Pachtcontracte (Art. 2062. C. N.) ausdehnte.

20) Procès-verbaux. T. III. p. 368.

selbst, an dem die Schuld fällig sey, einkerkern lassen zu können, ohne daß es nöthig, sich dieserhalb an die Justiz zu wenden. Er müsse gestehen, daß ehedem, wenn der Pachtcontract ein authentischer Titel gewesen, und mit der Vollziehungsclausel versehen worden, darauf eine Verhaftung sofort hätte Statt haben können; allein die Mäßigung dieser Härte, welche der Artikel vorschreibe, sey gerecht, und diene dazu, den Pächter vor zu große Ueberraschungen zu schützen, ohne dem Eigenthümer Schaden zu bringen, indem diesem dennoch stets dieses äußerste Mittel übrig bleibe.

Nachdem nun vielfach über diese Materie hin und her gesprochen, und die weitere Verhandlung zu einer anderweiten Sitzung ausgesetzt war, so blieb der fragliche Artikel stehen [21]), ohne daß man je daran gedacht hätte, Präsidialordonnanzen von den gerichtlichen Verfügungen, die man verlangte, ausschließen zu wollen. Nur die Notariatsinstrumente sollten jene gefährliche Kraft nicht haben, der Schuldner sollte Gelegenheit gehabt haben, sich vertheidigen zu können, und eine gerichtliche Verfügung zuvörderst den Ausspruch gethan haben.

Auf eine über alle Maaßen deutliche Weise druckt dieses der Tribun Gary in dem Berichte

---

21) Maleville, ad art. 2067 in fine.

aus, welchen er, im Rahmen der Gesetzgebungs-section, an das Tribunat abstattete [22]). Nachdem er sich über die Nützlichkeit der gesetzlichen Bestimmung weitläuftiger ausgelassen, daß künftig keine Notariatsurkunde, sondern nur ein jugement, die unmittelbare Verhaftung bewirken können sollte; setzte er hinzu:

„Es ist als ein vortreffliches Polizeigesetz anzusehen, daß die Parteien künftig in einer Sache von so hoher Wichtigkeit sich nicht mehr selbst, wie sonst der Fall war, Gerechtigkeit verschaffen können. Es ist die Freiheit ein zu köstliches Gut, als daß man sie irrigen Auslegungen oder dem bösen Glauben Preis geben könnte. Nur dem Gesetze und seinen Organen darf man sie aufopfern. . . . . . Sie werden daher bemerkt haben, meine Collegen, daß der Gesetzentwurf die Nothwendigkeit einer richterlichen Entscheidung (jugement) verlangt, d. h. einer Entscheidung, welche entweder nach Anhörung der Vorträge des Beklagten, und also in seiner Gegenwart, oder wenigstens nachdem er gehörig vorgeladen war, Statt hatte [23]).

---

22) Motifs du C. N., T. VII. p. 27.

23) „Vous avez remarqué, mes collègues, que le projet de la loi préscrit la nécessité d'un jugement, c'est-à-dire d'une décision contradictoire, rendue en présence du debiteur, ou après qu'il a été légalement appellé.“

Nach dieser Ausführung, dünkt mich, kann es keinem Zweifel unterworfen seyn, daß die V. V. des C. N., wenn sie zur Vollstreckung einer Verhaftung ein jugement verlangten, lediglich dadurch bestimmen wollten, daß eine Notariatsurkunde dazu nicht hinlänglich sey, sondern, daß stets erst ein contradictorisches oder Contumacialverfahren gegen den Schuldner vorhanden gewesen seyn müsse, wobei sie aber keinesweges daran dachten, festsetzen zu wollen, daß dieses Verfahren nothwendig stets vor dem ganzen Gerichte Statt gefunden haben solle [24]).

Die Gesetze geben dem Präsidenten das Recht, einige, der höchsten Eile bedürftige, Fälle allein provisorisch [25]) entscheiden zu können. Hat sich nun der Präsident in den Gränzen dieser ihm, zum Besten der Gerechtigkeitspflege, eingeräumten Befugniß gehalten: so hat seine Entscheidung dieselbe Kraft, die jede andere gerichtliche Verfügung hat, d. h. sie ist executorisch, und

---

24) Es bedarf wohl kaum einer Bemerkung, daß die V. V. des Code de proc. kein neues Recht festsetzen wollten, sondern bei dessen Dispositionen über die gegenwärtige Materie lediglich die Verordnungen des C. N. vor Augen hatten.

25) Eben weil in einer Audienz der Référés nur provisorisch erkannt wird, darf auch darin über die Kosten nicht mit bestimmt werden. Erkenntniß des kays. Gerichtshofs zu Rom, d. d. 3ten November 1809 im Journal du Barreau, Dec. 1811. p. 534.

dieß zwar so lange, bis sie von einer höhern Gewalt dieser Kraft beraubt wurde. Wie, wenn sie nun zwar executorisch seyn, aber (wenn sich der Fall dazu eignet) es nicht durch die Verhaftung seyn sollte, würde sie dann nicht jedesmahl für einen leeren Schatten gehalten werden müssen, wenn keine andere Vollziehung denklich ist? Kann man annehmen, daß eine solche Inconsequenz von dem Gesetze sanctionirt werden könnte? — Gewiß nicht! Ein Vater kömmt zu dem Präsidenten und klagt ihm, sein, annoch in seiner Gewalt befindlicher Sohn, wolle eben mit einer Gauklergesellschaft davon reisen; ein Ehemann klagt, seine Gattinn wolle mit ihrem Verführer das Königreich verlassen; ein Gastwirth klagt, sein Gast sey im Begriff davon zu fahren, aber seine gemachten Schulden wolle er nicht bezahlen; ein Verkäufer beschwert sich gegen einen Fremden, daß dieser, nach erhaltener, bereits fortgesandter Waare, das Königreich, ohne zu bezahlen, verlassen wolle: hier soll der Präsident zwar erkennen können:

„Beklagter sey gehalten, bis zu ausgemachter Sache die Stadt nicht zu verlassen"

hieran zweifelt niemand, aber ein exorbitantes Recht soll es seyn, wenn er hinzusetzt:

„bei Vermeidung des persönlichen Arrestes",

oder wenn eine Entfliehung imminent ist:

„wozu beklagter Theil durch persönlichen Arrest anzuhalten ist."

Ich zweifle, daß ich hiervon je werde überzeugt werden, und muß also, bei meiner in den Formularen und Anmerkungen zur Proceßordnung aufgestellten Meinung verharren [26]).

Dessen ungeachtet halte ich aber dafür, daß in dem zuerst mitgetheilten Falle der beklagte Aufseher mit Unrecht von dem Tribunalspräsidenten mit dem persönlichen Arrest belegt sey, es sey denn, daß jener der Flucht verdächtig gewesen wäre. Nur dasjenige, was zur Sicherstellung des Klägers durchaus nothwendig ist, darf durch die Ordonnanzen des Référé-Verfahrens verfügt werden: [27]) alles übrige gehört zur Competenz des Tribunals. Ist aber unter jenes durchaus Nothwendige die Verhaftung zu rechnen, so werde sie unbedenklich erkannt [28]).

---

26) Th. II. S. 350.

27) Vergl. 1 Thl. Abhandl. IV. der Rechtswissenschaft.

28) Findet übrigens der Präsident Bedenken, in der Référé-Audienz allein (der Wichtigkeit des Falles wegen) zu erkennen: so ist es ihm, nach der französischen Jurisprudenz, erlaubt, seine Collegen zuzuziehen: „pour soumettre les difficultés aux lumières de ses collègues“ die Sache behält doch die Natur des Référé-Verfahrens.

LVIII.

Ehescheidung *). — Von Amtswegen auferlegter Eid.

Kann der Richter in Ehescheidungssachen der einen Partei den Eid von Amtswegen auflegen?

(Nachtrag zur Abhandlung Nr. XXI des 1sten Bandes der Rechtswissenschaft.)

Gegen das Seite 272 des 2ten Hefts des 1sten Theils der Rechtswissenschaft mitgetheilte Erkenntniß wurde die Cassation bei dem königlichen Staatsrathe, wegen Verletzung der Artikel 244, 1358 und 1366. C. N., nachgesucht. Es hat jedoch die Section der Justiz und des Innern, welche in

*) Nicht genug kann jedem Richter und Sachwalter das Studium des jetzt erschienenen 3ten Bandes des ausführlichen Handbuchs über den Code Napoléon von dem Herrn D. A. R. Grolmann, empfohlen werden. Es handelt dieser Band lediglich von der Ehescheidung, und übertrifft bei weitem alles, was über diese Materie, nach dem napoleonischen Rechte, bisher gesagt ist. Für mich war es ein eignes Vergnügen, von jenem schätzbaren Gelehrten größtentheils meine Ansichten in dieser schwierigsten Materie des C. N. (da uns keine ältere französische Jurisprudenz leiten kann) gebilligt zu sehen; so wie solches auch bei der Beantwortung der gegenwärtigen Frage der Fall ist. Vergl. III. S. 167.

Westphalen dieselben Functionen, in Cassationssachen, ausübt, so in Frankreich von der section des requêtes des Cassationshofes ausgeübt werden, das Cassationsgesuch aus folgenden Gründen, mittelst Erkenntnisses, d. d. 14ten Februar 1812, verworfen.

„Considérant que de l'article 244 du Code Napoléon, qui porte qu'il sera dressé procès-verbal des aveux des parties, il n'y a pas lieu de conclure que l'on peut aussi déférer à l'un d'elles le serment; que l'on recueille leurs aveux parce qu'ils peuvent faire preuve *contr'elles* 1), et que c'est par cette raison qu'on ne doit pas leur déférer le serment, par lequel elles se feraient un titre *à elles-mêmes* et se donneraient gain de cause;

Considérant que le Code Napoléon a tracé dans le titre VI. Liv. I. la procédure à suivre en matière de divorce, et qu'on n'y trouve pas le serment; que l'on ne peut pas prétendre qu'il s'en soit rapporté à cet égard au droit commun, et qu'il suffit, pour que le serment soit admissible, qu'il ne l'ait pas exclus, car ce mode de décider les affaires ordinaires ne saurait s'appliquer à celles qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs;

---

1) Darüber, daß dieser Beweis jedoch nie vollständig ist, s. Rechtswissenschaft, Thl. I. Heft 2. S. 425 und 434.

Qu'en effet le serment est mis, par le Code Napoléon, dans le titre des contrats et obligations conventionelles, au rang des moyens propres à prouver, soit les obligations ou les faits qui en produisent, soit leur acquit; qu'il ne peut donc être employé que dans les causes qui sont susceptibles de conventions et d'un intérêt absolument privé; que c'est à ces causes que doivent être restreints les termes de l'article 1358: sur quelque espèce de contestation que ce soit; que tout généraux qu'ils sont, ces termes doivent être rapportés aux matières conventionelles sur lesquelles roule le titre, où il est parlé du serment, et qu'ils ne sauraient s'étendre à des matières d'une nature et d'un ordre différens;

Qu'on ne prétendrait pas, sans doute, que des époux demandeurs et défendeurs en divorce peuvent se déférer le serment, s'affranchir ainsi des précautions que la loi a prises contre un divorce convenu, et rompre par une transaction si prompte une union dont la loi ne permet la dissolution qu'après de nombreuses et longues épreuves, ou pour des causes déterminées suffisamment prouvées;

Que si le serment décisoire ne peut être reçu en matière de divorce, le serment supplétoire doit, pareillement, en être exclus; que si l'on ne peut en cette matière constituer son ad-

versaire juge en sa propre cause, on ne peut non plus le devenir soi-même, par un serment supplétoire, à l'insuffisance des preuves qu'on a dû produire;

Que la demande en divorce pour cause déterminée est une espèce d'accusation contre le defendeur, auquel on reproche des faits assez graves pour lui faire perdre tous les droits et tous les avantages du mariage; qu'il faut fournir la preuve complète de ces faits ou succomber; que c'est le cas de la règle, *actore non probante reus absolvitur, etiamsi nihil ipse praestet;*

Que comme on n'établit pas l'existence d'un mariage, ni même l'authenticité d'un acte de célébration irrégulier par un serment supplétoire, on ne peut non plus dissoudre un mariage par un serment;

Que c'est donc mal à propos qu'on allègue, que le serment d'office étant le supplément des preuves, il peut être ordonné dans tous les cas où la loi admet des preuves; car elle admet la preuve d[illegible] délits et quasi-délits, et n'en reçoit pas comme preuve le serment de l'accusateur; elle admet la preuve de l'existence d'un mariage, et elle ne reçoit pas en preuve le serment des parties;

Considérant enfin que le Code Napoléon, loin de permettre que l'on facilite en matière

de divorce les preuves des causes déterminées, et que l'on supplée à leur insuffisance, a rendu, au contraire, les preuves testimoniales plus difficiles que dans les autres causes: 1) en obligeant le demandeur à nommer les témoins qu'il se propose de faire entendre; 2) en avertissant les parties, lors du jugement qui ordonne les enquêtes, qu'elles peuvent encore désigner d'autres témoins, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues (art. 249); qu'il suit évidemment de ces dispositions, que si l'on a interdit aux parties de produire de nouveaux témoins, de peur, sans doute, que dans un intérêt si grand et si personnel elles n'en corrompent, elles ne peuvent pas, à plus forte raison, devenir témoins et juges dans leur propre cause; que le tribunal qui ne peut plus les admettre à faire entendre de nouveaux témoins, ne peut pas les appeler en témoignage elles-mêmes, et suppléer par leur serment aux témoins insuffisans qu'elles ont produits."

(„In Erwägung, daß aus dem Artikel 244 des Gesetzbuches Napoleons, welcher verordnet, daß über die Eingeständnisse der Parteien ein Protocoll aufgenommen werden soll, sich nicht schließen läßt, daß man auch einer der Parteien den Eid zuschieben kann; daß man ihre Eingeständnisse aufnimmt, weil diese gegen sie als Beweis dienen können, und daß man grade aus diesem Grunde ihnen den Eid nicht zuschieben darf, weil sie durch diesen ei-

nen Beweis für sich erlangen, und selbst den Proceß, zu ihrem Vortheile, entscheiden würden;

In Erwägung, daß das Gesetzbuch Napoleons, im 6ten Titel des 1sten Buchs, das in Ehescheidungssachen zu beobachtende Verfahren genau vorgeschrieben hat, und daß man darin den Eid nicht findet; daß man nicht behaupten kann, das Gesetzbuch habe sich deshalb auf das gemeine Recht bezogen, und es sey zur Zulässigkeit des Eides hinreichend, daß es denselben nicht ausgeschlossen, da diese Art der Entscheidung nur bei gewöhnlichen Sachen eintreten, nicht aber auf diejenigen Anwendung finden kann, bei welchen die Erhaltung der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten in Frage kommt;

Daß das Gesetzbuch Napoleons, in dem Titel von Contracten und vertragsmäßigen Verbindlichkeiten, den Eid unter denjenigen Mitteln aufzählt, welche dazu dienen, entweder die Verbindlichkeiten und die Thatumstände, aus welchen jene entspringen, oder deren Erlöschung zu beweisen; daß der Eid folglich nur bei solchen Gegenständen zuläßig ist, worüber die Parteien durch Vertrag disponiren können, und worin es allein auf ihr Privatinteresse ankömmt, und daß die Worte des 1358. Artikels „über jede Gattung von Streitigkeiten" auf jene Gegenstände beschränkt werden müssen; daß diese Worte, so allgemein sie auch sind, nur auf vertragsmäßige Gegenstände,

von welchen der Titel des Gesetzbuches handelt, nicht aber auf solche von ganz verschiedener Natur und Ordnung ausgedehnt werden können;

Daß gewiß Niemand behaupten würde, daß Ehegatten im Ehescheidungsprocesse sich den Eid zuschieben, und auf diese Weise alle Vorsichtsmaaßregeln, welche das Gesetz gegen freiwillige Ehescheidungen genommen, umgehen, und vergleichsweise eine Verbindung sogleich trennen können, deren Auflösung das Gesetz nicht anders, als nach vielfachen und langwierigen Prüfungen, oder wegen bestimmter Ursachen, die vollständig erwiesen werden müssen, gestattet;

Daß, wenn der Entscheidungseid in Ehescheidungssachen unzuläßig ist, der Erfüllungseid gleichfalls davon auszuschließen ist; daß man in diesen Processen seinen Gegner nicht zum Richter in seiner eigenen Sache, noch weniger also durch einen Erfüllungseid sich selbst dazu machen kann, wenn der Beweis, den man hat beibringen müssen, unvollständig ist;

Daß die Ehescheidungsklage wegen einer bestimmten Ursache eine Art von Anklage gegen den Beklagten ist, da diesem Vergehen zur Last gelegt werden, die schwer genug sind, um ihn aller Rechte und Vortheile der Ehe verlustig zu machen; daß man diese Handlungen vollständig erweisen oder unterliegen muß; daß auf diesen Fall die Rechts-

regel: Actore non probante reus absolvitur, etiamsi nihil ipse praestet Anwendung findet;

Daß man nicht die Existenz einer Ehe, ja nicht einmahl die Aechtheit einer unregelmäßigen Heirathsurkunde durch einen Erfüllungseid darthun, noch weniger also eine Ehe vermittelst eines Eides trennen kann;

Daß demnach der Grund, worauf man sich beruft, daß der vom Richter von Amtswegen auferlegte Eid zur Ergänzung des Beweises in allen den Fällen erkannt werden könne, wo das Gesetz überhaupt Beweis zuläßt, nicht zutreffend ist; denn das Gesetz läßt den Beweis der Delicte und Quasidelicte zu, aber gestattet nicht, daß dieser Beweis durch den Eid des Anklägers geführt wird, das Gesetz läßt den Beweis der Existenz einer Ehe zu, aber nimmt nicht den Eid der Parteien als Beweismittel an;

In Erwägung endlich, daß das Gesetzbuch Napoleons, weit entfernt, zu gestatten, daß in Ehescheidungssachen der Beweis derselben erleichtert, und falls er unzureichend wäre, ergänzt werde, vielmehr den Zeugenbeweis in diesen schwieriger als in andern Sachen gemacht hat, indem

1) dem Kläger die Verbindlichkeit aufgelegt worden, die Zeugen, die er abhören lassen will, zu nennen und

2) gleich nach ausgesprochenem Urtheile, welches die Zeugenabhörung verfügt, den Parteien

bekannt gemacht wird, daß es ihnen noch frei steht, andere Zeugen zu benennen, daß sie aber von diesem Augenblicke an damit nicht weiter gehört werden; daß aus diesen Verordnungen offenbar folgt, daß die Parteien, wenn ihnen neue Zeugen beizubringen ohne Zweifel aus dem Grunde verboten worden, weil man befürchtete, daß sie in einer Angelegenheit von so großem und persönlichem Interesse Zeugen bestechen möchten, noch vielweniger Zeugen und Richter in ihrer eigenen Sache werden können; daß mithin das Tribunal, welches die Abhörung neuer Zeugen nicht gestatten darf, auch die Parteien selbst nicht zum Zeugnisse zulassen, noch durch ihren Eid den von ihnen unvollständig geführten Zeugenbeweis ergänzen kann.")

LIX.

Ehescheidung. — Zulassungserkenntniß.

(Zur Abhandlung Nr. IX des 1sten Bandes.) [1])

Nach Maaßgabe des Art. 247 des C. N. ist im Ehescheidungsverfahren aus bestimmten Ursachen ein Admissionserkenntniß, selbst dann, wenn keine Einreden gegen die Zulässigkeit der Klage vorgebracht worden, eben so nothwendig, als im Criminalverfahren dasjenige Erkenntniß, wodurch der Angeschuldigte in den Anklagezustand gesetzt wird [2]). Das Ehescheidungs-

---

1) Es ist äusserst interessant, durch die Uebersetzung des Georg Thomas Staunton des Ta-Tsing-Leu-Lee oder Strafcodex des Chinesischen Reichs (welche englische Uebersetzung wieder von Felix Rénouard de St. Croix — Paris 1812. 2 Bände, 8. — ins Französische übersetzt ist), die Ehescheidungsursachen der Chinesen erfahren zu haben. Sie stimmen mehr mit unserm ehemahligen Gerichtsgebrauche der protestantischen Consistorien und vorzüglich dem Preußischen Landrechte, II. Thl. I. Tit. § 668 ff., als mit dem C. N. überein, und sind, in Beziehung auf die Frau, folgende: 1) Unfruchtbarkeit, 2) Unzucht, 3) Verachtung der Aeltern ihres Mannes, 4) Hang zur Schmähsucht, 5) Neigung zur Dieberei, 6) eifersüchtiger Character, 7) eingewurzelte Krankheit. Der Mann, welcher die Frau behält, welche einen Ehebruch begangen, wird mit 80 Bambushieben bestraft.

2) Des H. Staatsraths, Barons von Leist Rede v. 19ten

verfahren hat bei mancher andern Aehnlichkeit mit dem peinlichen Processe auch diese 3). Gab also das Tribunal kein Admissionserkenntniß ab, so verfuhr es in einer Sache, in welcher es noch gar nicht competent war 4). Erst durch jenes konnte es, um in der Hauptsache zu entscheiden, competent werden.

Ich habe diese Grundsätze in der IXten Ab-

Aug. 1808. S. 39 vor dem Codex des Verfahrens in peinlichen Sachen.

3) Es ist eine sehr gewöhnliche Bemerkung der Schriftsteller über den C. N., daß mit Unrecht die Vorschriften, wie vor Gericht zu verfahren, um zur Ehescheidung zu gelangen, in das bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen seyen; diese gehörten offenbar in den Proceßcodex (vergl. *von Eggers*, Bemerkungen über den C. N., *Bucher*, systematische Darstellung des napoleonischen Privatrechts, 1. Thl. S. 157.): doch dünkt mich, daß sich die Aufnahme jener Vorschriften in das Gesetzbuch über das *materielle* Recht sehr rechtfertigen läßt, indem sie wirklich zu dem materiellen Rechte gehören; ohne die Beobachtung jener Formen *existirt* nemlich gar keine Ehescheidung; diese ist vielmehr von jenen völlig bedingt. *Nur unter der Bedingung ihrer Erfüllung* nimmt das Gesetz an, daß Ehescheidungsursachen wirklich vorhanden seyen.

4) *Locré*, esprit, ad art. 246. „Il ne s'agit pas encore du mérite de la demande au fond, mais de décider si elle doit être examinée . . . . . Le Rapporteur dit: que le tribunal est obligé de délibérer d'abord sur les fins de non-recévoir, qui peuvent être opposées; mais que cette délibération n'a rien de commun avec celle sur le fond de la contestation . . . . . Après le jugement de fins de non-recevoir vient la question de savoir si la demande est mal fondée."

handlung des 1sten Theiles dieses Werks zu beweisen gesucht [5]), doch haben sie bis jetzt, so sehr sie den Gesetzen und der französischen Jurisprudenz angemessen sind, noch keinen allgemeinen Eingang in den Tribunalen des Königreichs Westphalen gefunden. Sehr häufig kommen bei dem hiesigen Appellationshofe Ehescheidungsverfahren vor, in denen, selbst von Gerichten, die sich sonst durch die Gründlichkeit ihrer Entscheidungen auszeichnen, das Admissionserkenntniß fehlt, wodurch dann eine unheilbare Nichtigkeit solcher Verfahren bewirkt wird.

Unter diesen Umständen kann die Mittheilung des folgenden, von der 2ten Section des Appellationshofes am 9ten Mai 1812 ertheilten Erkenntnisses in Sachen Rhode gegen Rhode nicht überflüssig scheinen, wenn auch einige der Gründe desselben bereits mitgetheilt seyn sollten [6]).

---

5) Procès-verbal du 26 Vendém. X., Tom. I. p. 371. Vergl. C. N., dargestellt und commentirt von Lassaulx, Thl. II. S. 75.; Zachariä, Handbuch, Thl. III. S. 121. Note 33. (2te Aufl.); Deveners, Journal des audiences, 1806, p. 173. Auch die H. H. Wöhler und Engelhard haben in ihrem Versuche einer Darstellung des Civilprocesses, Thl. I. S. 230, diese Materie richtig dargestellt.

6) Diese Ehescheidungsklage stützte der klagende Mann auf den Grund ihm von seiner Frau zugefügter Sävitien und harter Injurien. Nach der Theorie des H. Prof. Bucher (system. Darstellung des napoleonischen Privatrechts, Thl. I. S. 156.) wäre dieser Grund unzuläßig gewesen, indem, nach ihm, nur der Frau wegen har-

Zweifelhafter, als die Nullität des vorigen Verfahrens, könnten die Gründe des Verwerfungserkenntnisses des Appellationshofes seyn, welches

---

ter Real- und Verbalinjurien auf Ehetrennung zu klagen erlaubt ist. Zur Unterstützung dieser Meinung wird von diesem schätzbaren Gelehrten in der Note Locré angeführt; doch muß diese Allegation auf einem Irrthume beruhen, indem Locré nicht nur das Gegentheil sagt, sondern auch nichts anders sagen konnte, da der ursprüngliche Plan des Staatsraths, nur dem Manne jenes Recht zu verleihen, durch die gründlichen Bemerkungen des Tribunats abgeändert wurde. Dieses stellte vor: „Les juges pourront avoir plus particulièrement égard aux circonstances, lorsque l'action en divorce du mari sera fondée sur les sévices de la part de la femme. Ces sévices pourront n'être pas toujours aussi décisifs; mais il suffit qu'ils le soient quelque fois pour que l'action sur ce motif ne soit pas interdite au mari." Worauf Locré hinzusetzt: „La proposition du tribunat a été admise par l'art. 231. que nous discutons." Locré, esprit, T. III. p. 112. 113. ed. in 4to. Es rührt der Irrthum des H. Bucher wahrscheinlich aus dem Anfange der Discussionen über diesen Gegenstand (so wie sie auch Locré anführt) her, wo man in der That die Absicht hatte, nur der Frau das Recht zur Sävitienklage einzuräumen. — Eben so versteht das Gesetz auch nicht stets unter Excès (wie H. Bucher dafür hält) Nachstellungen nach dem Leben, obgleich diese unter jenem Ausdrucke allerdings begriffen sind. „La cause d'attentat fut retranchée, et, fondant ensemble les art. 3 et 4 du projet, on en fit l'art. 231 — L'attentat s'y trouve deguisé sous le nom d'excès, expression générique qui comprend tous les procédés capables de compromettre la sûreté de la personne, sans en distinguer le but ni le principe . . . ." Locré, T. III. p. 115. —

auf eine Statt gehabte Versöhnung gestützt ist, da diese Versöhnung problematisch erscheinen möchte [7]). Doch glaube ich, daß sich diese Zweifel auch durch die Betrachtung beseitigen lassen: daß niemand, der erklärte, eine Injurie verziehen zu haben, sich die Injurienklage vorbehalten könne. Es widerstrebt dieß dem Wesen der Verzeihung.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht des 2ten Capitels des 6ten Titels des 1sten Buchs des C. N.;

In Erwägung, daß wenn das Gesetz die Un-

Vergl. Grolmann, ausf. Handbuch, Thl. 3. S. 57. — Ich würde daher dem H. Pr. Bucher rathen, in einer neuen Auflage seines Werks im § 59 b. ganz die gesetzlichen, hinlänglich deutlichen, Ausdrücke der Art. 230 — 233. C. N. beizubehalten. — Bedeutete excès stets Lebensnachstellungen, so müßte, wenn sie zum Scheidungsgrunde gemacht würden, das öffentliche Ministerium, stets eine Criminalklage gegen den Thäter erheben, und eben dies wollte man vermeiden, daher der generische Ausdruck.

7) Die Beurtheilung des Umstandes, ob eine Versöhnung Statt gefunden, steht lediglich den Gerichten der ersten und zweiten Instanz zu. Sie sind allein Richter in Hinsicht der Beurtheilung der Thatsachen, und sollten sie diese auch unrichtig beurtheilt haben, so kann hieraus nie ein Cassationsgrund hergenommen werden. Erkenntn. des fr. Cassationshofes, d. d. 2ten März und 25sten März 1808; Cassaulx, Annalen, Thl. 2. Entsch. 30 und desselben Commentar, Thl. II. S. 75; woselbst noch mehrere, diesen Grundsatz bestätigende Erkenntnisse angeführt sind.

zertrennlichkeit der Ehen als Regel festsetzt, und nur nach Beobachtung gewisser bestimmter Formen ihre Aufhebung erlaubt, hieraus auch von selbst folgt, daß wenn eine strenge Beobachtung der bemerkten Formen nicht vorhanden ist, ebenmäßig auch keine gesetzliche Trennung denklich sey, oder, welches genau dasselbe ist, daß diese Formen bei Strafe der Nichtigkeit des Verfahrens beobachtet werden müssen;

In Erwägung, daß der Art. 246 des C. N. ausdrücklich vorschreibt: „an dem bestimmten Tage . . . wird zuerst über die gegen die Zulässigkeit der Klage etwa vorgebrachten Einreden entschieden. Werden diese gegründet gefunden, so wird die Klage auf Ehescheidung verworfen; im entgegengesetzten Falle, oder wenn keine solche Einreden vorgebracht worden, wird die Ehescheidungsklage zugelassen;"

und, daß der Art. 247 C. N. verordnet: „Sofort nach Annahme der Ehescheidung erkennt das Gericht in der Hauptsache."

In Erwägung, daß aus dieser Legislation mit der größten Deutlichkeit folgt, daß zuvörderst, ehe in der Hauptsache erkannt wird, durch einen Vorbescheid über die fins de non-recevoir zu erkennen sey, selbst auch alsdann, wenn sie nicht vorhanden oder nicht einmal vorgebracht sind;

In Erwägung, daß die Beobachtung jener

Form, wie aller übrigen Formen des Ehescheidungsprocesses, dergestalt nothwendig, daß ohne deren Beobachtung das ganze folgende Verfahren nichtig ist;

In Erwägung, daß die gedachte Form von dem Districtstribunale zu Celle, nach Ausweisung dessen Erkenntnisses d. d. 21sten Juni 1811, nicht beobachtet worden, indem, nach Anhörung des Vortrages des beauftragten Richters, ohne daß zuvor ein Admissionserkenntniß abgegeben, sofort in der Hauptsache interlocutorisch erkannt ist, mithin dadurch das ganze folgende Verfahren sich als nichtig darstellt:

A n n u l l i r t

das gegenwärtige Ehescheidungsverfahren, von dem am 21sten Juni 1811 abgegebenen Erkenntnisse angerechnet, und, indem der Gerichtshof dasjenige selbst erkennt, was von dem ersten Richter hätte ausgesprochen werden sollen, verfügt er zuerst, folgendermaaßen in Hinsicht der Admission der gegenwärtigen Ehescheidungsklage:

Nach Ansicht des Art. 272 des C. N., welcher lautet:

„Die Klage auf Ehescheidung soll durch die Wiederaussöhnung der Ehegatten erloschen seyn;"

Desgleichen nach Ansicht des von dem Präsidenten des Districtstribunals zu Celle unter dem 2ten April 1811 aufgenommenen Protocolles;

In Erwägung, daß nach diesem der Kläger erklärte: „Er sey nicht abgeneigt, sich mit seiner Frau zu versöhnen, wenn sie nur eingestehe, daß sie sich vergangen habe, und ihn desfalls um Verzeihung bitten werde;“ daß die Beklagte, durch die That diese Proposition acceptirend, erwiederte: „Mit Wissen und Willen habe sie nichts dergleichen (Beleidigendes) von ihrem Manne gesagt, sey solches aber der Fall, so bitte sie ihn um Verzeihung. Wegen des Holzdiebstahls habe sie ihn auf keinen Fall beschuldigt, was aber die Campeschen Rechnungen beträfe, so habe sie sich freilich wohl eher geäußert, daß ihr Ehemann zu viel in Ausgabe gebracht, oder zu viel angeschrieben habe, und dieserhalb wolle sie von ihm Vergebung erbitten. Außerdem habe sie ihren Mann wohl der Hurerei beschuldigt . . ., und auch deshalb bitte sie ihn um Verzeihung;“

In Erwägung, daß, weit entfernt, daß in diesen Aeußerungen gerichtliche Geständnisse zu finden, sie in Hinsicht der Beklagten, nach dem was vorhergegangen, lediglich als die Erfüllung der Bedingung anzusehen sind, unter welcher der Kläger seiner Ehefrau die Aussicht auf eine ihr zu Theil werdende Verzeihung eröffnete;

In Erwägung, daß als Beklagte hierauf Besserung ihres Betragens versprach, der Kläger die Verzeihung, welche er bedingungsweise versprochen, oder doch wenigstens als seine Absicht

angedeutet hatte, auch wirklich ertheilte, indem er erklärte:

Er wolle seiner Ehefrau zwar das bisherige verzeihen, aber als Gattinn könne er sie unmöglich wieder annehmen;

In Erwägung, daß in dieser Aeußerung keine bedingte, sondern eine unbedingte Verzeihung liegt, und der Zusatz: „nur als Gattinn könne er sie unmöglich wieder annehmen" gänzlich als nicht vorhanden angesehen werden muß, da es, bei geschehener Verzeihung, nicht von dem Ermessen des Klägers abhängen konnte, ob er seine Ehefrau als Gattinn wieder aufnehmen wollte, oder nicht;

In Erwägung, daß da die Klage auf Ehescheidung durch die Wiederaussöhnung erlischt [8]),

---

8) S. 114 des isten Bandes der Rechtswissenschaft, Note 21, bemerkte ich: „Ob die erduldete eheliche Beiwohnung stets als ein Zeichen der Versöhnung angesehen werden könne (da sie von Seiten des Mannes gefordert werden kann), sey bestritten, und im Allgemeinen gewiß zu verneinen." Hr. O. A. R. Grolmann sagt hiergegen, Thl. 3. S. 283. Note 5 seines ausf. Handbuchs: „Den Unterschied, welchen v. Strombeck, hier zwischen Mann und Frau zu machen scheint, kann ich nicht annehmen. Der Code kennt in dieser Hinsicht keine Rechtsforderungen." — Freilich druckt diese Rechtsforderung der Code nirgend aus, wie er sich denn überall sehr hütet, etwas auszudrucken, welches das unserm Zeitalter eigene (jedoch leider größtentheils nur in Worten bestehende) sittliche Zartgefühl beleidigen könnte. Wenn jedoch Art. 213 bestimmt gesagt ist: „la femme doit obéisance à son mari", sollte dann der rohe sinnliche Mensch, und von

also nach solcher gar keine Ehescheidungsursachen vorhanden sind, das Gericht, sowohl ex officio, als auf den Antrag des öffentlichen Ministerii, die Scheidungsklage hätte verwerfen müssen:

Verwirft

die angebrachte Ehescheidungsklage und compensirt, bei den Verhältnissen der Parteien, die Kosten.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellationsrichter, H. Blumenbach, S. P. G., concludirte conform.

---

diesem kann hier nur die Rede seyn, den Gehorsam der Frau nicht auch auf die hier in Frage stehende Handlung auszudehnen geneigt seyn, und wäre es nicht zu hart, das schüchterne Weib (ohne daß es grade physisch gezwungen wäre) sofort seiner Rechte, auf Trennung zu klagen, für verlustig zu erklären, wenn es, dem kategorischen Imperativ des Mannes gehorchend, sich willenlos seinen thierischen Umarmungen hingab, und dieses eingestand? — Nicht selten hörte ich, in den geheimen Verhören des Ehescheidungsverfahrens, die Frau auf jene Einrede des Mannes erwiedern: „Ich kannte seinen Sinn, er hätte mich umgebracht, wenn ich es nicht gelitten hätte." — Begreift jedoch H. Grolmann unter der Einschränkung „Versteht sich, wenn die Beiwohnung nicht erzwungen ist" auch jenen moralischen Zwang: so bin ich ganz seiner Meinung, und würde eine Frau mit ihrer Replik, sie habe die Beiwohnung lediglich aus Gehorsam gelitten, zurückweisen. Gestand sie aber nur ein, aus Furcht dieselbe nur nicht verwehrt zu haben, so hatte (nach meiner Ansicht) sie nichts eingestanden.

LX.

Ehescheidung. — Proceßordnung. — Nullitäten.

In wiefern ist die Proceßordnung im Ehescheidungsverfahren zur Anwendung zu bringen?

Weßwegen ist anzunehmen, daß die Formen des Ehescheidungsprocesses bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben seyen, obgleich dieses nirgend im C. N. ausdrücklich bestimmt ist?

Die bürgerliche Proceßordnung ist für das specielle Ehescheidungsverfahren ein völlig fremdes Gesetz, welches nur dann in demselben Anwendung findet, wenn das erste ausdrücklich darauf zurückweiset. Ein Grundsatz, der in diesem Werke oft ausgesprochen ist [1]).

---

1) Vergl. Rechtswissenschaft, Thl. I. Abhandl. VII. S. 72, Abh. XXI. S. 268 und Abh. XLIX. S. 694. Eine entgegengesetzte Meinung äußert folgendermaaßen H. Spangenberg, im Comment., Thl. I. S. 290. „Zu bemerken ist jedoch, daß die Vorschriften der Proceßordn., wenn sie ergänzen, angewandt werden können, wie solches aus Art. 241 erhellet.“ Wenn aber dieser Gelehrte hinzusetzt: „So kann also ein Zeugenverhör, welches in einem

Nur in drei Fällen kann (wie ich dafür halten zu müssen glaube) die Proceßordnung als ein

---

Scheidungsprocesse vorgenommen ist, und welches für nichtig erklärt ist, nach den Art. 292. 293 der franz. Proceßord. (Art. 228. der westph. Proceßord.) nochmahls vorgenommen werden (Cassationshof bei Lassaulx, Annal. II. S. 93)"; so beruhet diese Aeußerung zum Theil auf einem Irrthume. Zwar leidet es keinen Zweifel, das jenes nichtige Zeugenverhör nochmahls vorgenommen werden könne, aber nicht deßwegen, weil die Proceßord. Anwendung leide, sondern weil sie keine Anwendung findet, denn der Art. 293 des Code de pr. fr. schreibt vor: „L'enquête declarée nulle par la faute de l'avoué, ou par celle de l'huissier ne sera pas recommencée." Diesen Grundsatz hatte irrig ein Gericht im Ehescheidungsverfahren anwenden wollen, aber das Erkenntniß wurde cassirt, weil die Proceßord. in diesem Verfahren keine Anwendung fände. Vergl. Lassaulx, Comment. Thl. II. S. 87. Gleiche Grundsätze stellt auch H. Zachariä auf, Handb. Thl. III. S. 212 und 213, indem er jedoch die Meinung des Hrn. Spangenberg näher bestimmt. Es könne nemlich die Proceßordnung nur in sofern zur Ergänzung der Vorschriften des C. N. über den Ehescheidungsproceß benutzt werden, als entweder der C. N. selbst auf die von dem allgemeinen Processe geltenden Grundsätze verweiset (dieses leidet keinen Zweifel), oder als diese Grundsätze weder mit den Worten, noch mit dem Geiste der im C. N. enthaltenen Vorschriften im Widerspruche stehen. — Für diese Meinung kann man ein Erkenntn. des franz. Cassationshofes in sofern anführen, daß es ein Verhör bei verschlossenen Thüren im Ehescheidungsverfahren auf den Grund des Art. 87 des Code de pr. fr. (Art. 48. Proceßord. Westph.) billigte. Erkenntn. v. 13ten Sept. 1808, bei Sirey, 1809. S. 123. — Aber auch dieser Ausweg hat große Schwierigkeiten, da es nicht immer ganz klar seyn wird, ob die Grundsätze der Proceßordnung mit dem Geiste des besondern Ehe-

das Ehescheidungsverfahren ergänzendes Gesetz angesehen werden:

a) wenn das Gesetzbuch Napoleons selbst auf sie zurückweiset;

b) wenn die Proceßordnung nicht als Proceß- sondern als Gerichtsordnung redet;

c) wenn sie das Wesen eines gerichtlichen Actes festsetzt.

Der erste Fall bedarf keiner Erläuterung; der zweite ist von mir in der 49sten Abhand-

---

scheidungsverfahren harmonisch seyen, oder nicht. Daher, und da der C. N. in dem besondern Scheidungsverfahren offenbar etwas Vollständiges zu liefern die Absicht hatte, nimmt die franz. Jurisprudenz im Allgemeinen an, daß die bemerkte Vervollständigung des Ehescheidungsprocesses aus der Proceßordnung nicht stattnehmig sey. Rechtswissenschaft, Thl. I. S. 268. — Diesem Principe huldigen auch H. Lassaulx, Comment. Thl. II. S. 87, und vorzüglich H. Grolmann, ausf. Handb. Thl. III. 113. Mit diesem stimmt auch genau überein, was ich stets über diese Materie geäußert, und als Richter angewendet habe, so sehr es lange Zeit im Königr. Westphalen verkannt wurde. Uebrigens zweifle ich nicht daran, daß H. Grolmann, selbst nach seinen so gründlich vorgetragenen Grundsätzen über diese Materie, dennoch die Ausnahme billigen werde, welche ich in der XLIX. Abhandlung der Rechtswissenschaft vorgetragen habe: ob er aber eben so harmonisch mit seinen Principien diejenigen Ausnahmen von der Regel finden werde, welche in dem hier mitzutheilenden Erkenntnisse zur Anwendung gebracht sind, dieses ist mir zweifelhafter, und wünschte ich darüber sehr, die Meinung dieses achtungswerthen Gelehrten zu kennen.

lung des 1sten Theils dieser Sammlung erörtert[2]), der dritte aber, welcher unstreitig mehrern Zweifeln unterworfen ist, soll gegenwärtig näher betrachtet werden.

Der C. N. ertheilt im Art. 263 auch im Ehescheidungsverfahren den Parteien das Recht die Berufung, und im Art. 265 die Opposition, in der Appellationsinstanz, einle-

---

2) S. 694 des 1sten Bandes der Rechtsw. erklärte ich auch ein Ehescheidungsverfahren für nichtig, welches nicht an dem gewöhnlichen Sitzungsorte des Tribunals gehalten sey. Der Art. 959 (Art. 1040 Code de pr. fr.) verordnet dieses, und zwar unstreitig nicht als Proceß- sondern als Gerichtsordnung. Ich halte also dafür, daß alle in Ehescheidungssachen vorzunehmende Verhandlungen (mit einigem Ausschlusse des Termins, worin die Klage überreicht wird, da dieser, seiner Natur nach, keiner vorläufigen Bestimmung unterworfen werden kann, sondern oft in derjenigen Zeit grade Statt haben muß, wo es der unglücklichen Gattinn möglich ist, sich von ihrem Tyrannen zu entfernen), in dem zu den Gerichtssitzungen bestimmten Locale vorgenommen werden müssen. Ich kann daher, im Ganzen, folgender Entscheidung des Appellationshofes zu Besançon, d. d. 16ten August 1811, (Biblioth. du Barreau 1812. No. 3. p. 285.) nicht beipflichten: „Sur le moyen résultant de ce que les procès-verbaux ont été faits à l'hôtel, quoique l'article 1040 du C. d. p. ordonne de les faire au lieu où siège le tribunal, la Cour a considéré que l'art. 881. du C. d. p. veut qu'à l'égard du divorce il soit procédé comme il est préscrit par le C. N.; qu'on ne trouve, dans le titre de ce Code rélatif au divorce, aucune disposition semblable à celle de l'art. 1040. du C. de pr.; que, par conséquent, ce moyen de nullité est également mal fondé."

gen zu dürfen. Es ist genau bestimmt, binnen welcher Frist die Berufung eingelegt werden müsse, diese Frist muß natürlich beobachtet werden, wenn auch, wie in Westphalen der Fall ist, die Proceßordnung eine andere Frist vorschreiben sollte; eine ähnliche Bestimmung in Hinsicht der Oppositionsfrist findet sich im Art. 265 nicht. Hier entstehen nun mehrere Fragen:

1) Unter welcher Form muß die Appellation eingelegt werden?

2) Unter welcher Form die Opposition?

3) Welchen Zeitraum umfaßt die Oppositionsfrist?

Getreu dem Grundsatze, daß das Ehescheidungsverfahren nicht aus der Proceßordnung ergänzt werden könne, glaube ich doch, daß man bei der Prüfung, ob ein gewisser gerichtlicher Act in der That vorhanden sey, Rücksicht auf diejenigen Gesetze nehmen müsse, worin das Wesen jenes gerichtlichen Actes (die Bedingung seiner Existenz) bestimmt wird. Eine Appellation und Opposition lassen sich so wenig von einer bestimmten Form entkleidet rechtlich denken, als eine Insinuation ohne solche. Eine bestimmte Form müssen diese Acte haben, wenn man, welches rechtlich unmöglich ist, nicht annehmen will, daß alle nur denkliche Formen, in denen der Act sich darstellen kann, gleiche Gültigkeit haben sollen. Soll es hinlänglich seyn, wenn die Partei sagte:

„ich appellire", „ich opponire mich!" — sie möge dieß nun gesagt haben wem sie es wollte, wie und (in Hinsicht der Opposition) wann sie es wollte? — Sollte es gleichgültig seyn, sie sage es ihrem Gegner, seinem Anwalte, seinem Hausgenossen, mündlich oder schriftlich, dem Unter- oder dem Oberrichter? Oder darf sie diese Rechtsmittel, auf alte Art, sogar coram notario et testibus einlegen? — Solche Unordnung kann ich mir nicht gesetzlich denken. Die Verfasser des C. N., indem sie von Appellationen, Oppositionen, u. s. w., sprachen, dachten sich dabei eben so gut dergleichen Acte in der Form, wie sie die sie betreffenden Gesetze vorschreiben, als sie sich, wenn sie von Präsidenten, Richtern und Greffiers sprachen, gehörig angesetzte Gerichtspersonen dachten.

Hiernach heißt also der Satz: das im C. N. vorgeschriebene Proceßverfahren in Ehescheidungssachen darf nicht aus der Proceßordnung ergänzt werden:

Jenes Verfahren wird als selbstständig, und nicht als unter die allgemeinen Grundsätze der Proceßordnung zu stellen, angesehen: wenn aber in solchem gerichtliche Acte nahmhaft gemacht werden, welche, um sich in gerichtlicher Gewißheit darzustellen, gewisser Formen bedürfen, und die Formen, wodurch sie diese Gewißheit, und also ihr Wesen, erhalten sollen, sind im C. N.

nicht ausgedruckt: so hat man ihnen die Formen zu geben, welche andere sie betreffende Gesetze verordnen; denn ohne diese Formen ist der Act gar nicht vorhanden [3]).

---

3) Es läßt sich nicht leugnen, daß die Anwendung dieser Regel auf die Bestimmung der Oppositionsfrist in der Appellationsinstanz bedeutenden Schwierigkeiten unterworfen ist. Von dem Ausgebliebenen (défaillant) war entweder ein Anwalt bestellt, oder nicht. Im ersten Falle ist die Bestimmung der Frist ohne Schwierigkeit; sie besteht in Frankreich in acht, in Westphalen aber in vierzehn Tagen, welche von dem Tage angerechnet werden, da das Contumacial-Urtheil dem Anwalte des Ausgebliebenen insinuirt wurde (Pr.-Ord. Art. 109. Code de pr. fr. Art. 157). Im zweiten Falle aber treten Schwierigkeiten ein. Der Art. 110 der Pr.-Ord. und der Art. 158 des Code de pr. fr. schreiben vor: „Si le jugement est rendu contre une partie qui n'a pas procureur, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution du jugement.„ Hier ist aber die Execution des Urtheils nicht eher möglich, bis die Frist abgelaufen ist; und es daher physisch unmöglich, daß die Dauer der Frist von der Vollziehung des Erkenntnisses abhängig sey. — Es rührt dieser Widerspruch zwischen dem C. N. und der Proceßord. daher, daß jener eine andere Proceßord., als diejenige, welche jetzt gesetzliche Kraft hat, vor Augen hatte, nemlich die Ordonnance von 1667, worin sich der bemerkte Artikel nicht befindet. Es ist also durchaus nothwendig, daß man die Bestimmung der Oppositionsfrist, in dem Falle, da der Ausgebliebene keinen Anwalt bestellte, aus der Ordonnance von 1667 entnehme, deren Art. 3. des Tit XXXV folgendermaaßen lautet: „Permettons pareillement de se pourvoir par simple requête contre les arrêts et jugemens en dernier ressort, qui auroient été rendues à faute de se présenter, ou en l'audience à faute de plaider, pourvu que la requête soit donné dans la huitaine du jour de la signification à

Diese Grundsätze sind von der 2ten Section des Appellationshofes am 25sten April 1812, in Sachen Jonas gegen dessen Ehefrau, ausgesprochen. Das hier mitgetheilte Urtheil ist ohne Anführung der Thatumstände, worauf es sich stützt, aus sich selbst verständlich.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

a) In Betreff der von der Appellatinn der Appellationsanzeige gemachten Vorwürfe der Nichtigkeit:

Nach Ansicht des Art. 241 des C. N., wie auch der Art. 356 und 951 der Proceßordnung;

In Erwägung, daß, wenn gleich das Ehescheidungsverfahren seine besondere Norm nicht in der Proceßordn., sondern in dem Gesetzbuche Napo-

---

personne ou domicile de ceux qui seront condamnés, s'ils n'ont constitués Procureur . . ." Vergl. Jousse, ad h. art., in Hinsicht der Hinzurechnung der Entfernungstage. — Uebrigens ist nicht daran zu zweifeln, daß auch in diesem Falle die Hauptfrist (ohne die Entfernungstage) in Westphalen in 14 Tagen bestehe.

Vergl. über diese Materie: Zachariä, Handbuch, B. III. S. 128. Note 58. (3te Aufl.) und Grolmann, ausf. Handb. III. B. S. 220 ff. und über die Gründe der Abweichung des C. de pr. fr. in dieser Materie von der Ordonnance von 1667 meine Formulare und Anmerk. zur Westphälischen Proceßord. 1 Thl. S. 116 ff.

leons findet, dennoch dieses dann eine Ergänzung aus jenem erleidet, wenn solches von dem Gesetze besonders angedeutet wurde, oder wenn es sich auf Institute bezieht, deren Wesen durch die Proceßordn., oder andere Gesetze, bestimmt ist;

In Erwägung, daß, wenn von einer Appellation im Ehescheidungsverfahren die Rede ist, um so mehr nicht daran gezweifelt werden kann, daß die Absicht des Gesetzes sey, es sollen bei solcher die gewöhnlichen Proceßformen beobachtet werden, da in dem Art. 241 C. N ausdrücklich bestimmt wurde, daß dieses bei der Vorladung geschehen solle, der Appellationsact, und die ihm folgende Vorladung, aber für die zweite Instanz genau an die Stelle der Klage und ihres sie begleitenden Vorladungsacts der ersten Instanz treten;

In Erwägung, daß aus diesen Betrachtungen zwar folgt, daß auch im Ehescheidungsverfahren aus bestimmten Ursachen, in Hinsicht der Appellationsanzeige und der Vorladung vor den Appellationshof, die gewöhnlichen Formen zu beobachten, daß jedoch, eben durch diese gewöhnlichen Formen, die Unregelmäßigkeit der Appellationsanzeige nicht, sondern lediglich die der Vorladung, mit der Strafe der Nichtigkeit belegt worden, und daß, bei aller Aehnlichkeit, welche solche Anzeige mit der Klage hat, dennoch der Art. 951 der Proceßordn. verhindert, dasjenige, welches in Hin-

sicht der letztern von dem Gesetze vorgeschrieben ist, auf die erstere auszudehnen;

In Erwägung, daß in dem vorliegenden Falle die Appellationseinwendung allerdings Unregelmäßigkeiten enthält, jedoch die Insinuation dieses Documents davon frei ist [4]), und jene Unregelmäßigkeiten nicht von der Art sind, daß überall an der Existenz einer Appellation gegen das die Ehescheidung zulassende Erkenntniß in gegenwärtiger Sache gezweifelt werden könnte:

Verwirft

die Einrede der Nichtigkeit der Appellation und verordnet die gerichtlichen Reden in der Hauptsache.

b) In Betreff der Hauptsache:

Nach Ansicht des 2ten Cap. des 6ten Titels des 1sten Buchs des C. N.;

In Erwägung, daß wenn das Gesetz die Unzertrennlichkeit der Ehen als Regel festsetzt, und nur nach Beobachtung gewisser Formen ihre Aufhebung erlaubt, hieraus auch von selbst folgt, daß wenn eine strenge Beobachtung der bemerkten Formen nicht vorhanden ist, ebenmäßig auch keine gesetzmäßige Trennung denklich sey, oder, was genau dasselbe ist, daß diese Formen bei Strafe der Nichtigkeit des Verfahrens beobachtet werden müssen;

---

4) Vergl. Rechtswissenschaft, Thl. I. S. 699.

In Erwägung, daß in vorliegendem Falle die von dem Gesetze angeordneten Formen nicht pünctlich beobachtet, vielmehr fast überall vernachläßigt worden, indem

1) das über die Einhändigung der Klagschrift am 5ten März 1810 aufgenommene Protocoll von der Klägerinn nicht unterschrieben (obgleich sich unter demselben zwei Kreuze befinden, wovon jedoch nicht bemerkt, daß sie von der Klägerinn herrühren, welche Unterzeichnung auch nicht einmahl für eine Unterschrift angenommen werden kann), mithin, in sofern Klägerinn des Schreibens unerfahren, der Art. 237 C. N. hatte beobachtet werden müssen, welcher lautet:

„sollte der Kläger zu unterschreiben nicht ver„stehen, oder dazu außer Stande seyn: so muß „hiervon Erwähnung geschehen."

2) Daß, wenn man annimmt, wie man mit Recht kann, daß es auf die bemerkte Klagschrift und ihre Einhändigung gar nicht mehr ankommen könne, da, nach dem Protocolle vom 21sten März 1810, unter den klagenden Ehegatten eine Aussöhnung Statt gefunden, indem die Klägerinn ausdrücklich erklärte:

„ihre Klage zurückzunehmen, in Hoffnung, „daß Verklagter sich gegen sie künftig, wie „einem Ehemanne zukömmt, betragen werde",

dann es nothwendig wurde, daß bei einer neuen Klage, bei welcher die Klägerinn, den Umständen

nach, allerdings auch die alten Ursachen gelten machen konnte, auch alle gesetzliche Förmlichkeiten von neuen beobachtet werden mußten, welches jedoch nicht geschehen, da kein neuer Klaglibell eingereicht, sondern die wiederholte Klage am 6ten August, und als auch diese zurückgenommen, am 6ten September 1810, lediglich zu Protocoll genommen ist, wodurch die Absicht des Gesetzes keinesweges erfüllt worden, welches vielmehr ausdrücklich, nach dem Art. 236 des C. N., die Einreichung einer schriftlich abgefaßten Klage erfordert;

In Erwägung, daß unter diesen Umständen, da die Basis des Verfahrens nichtig ist, auch dieses als nichtig erscheinen muß, und es mithin nicht darauf ankommen kann, zu zeigen, mit welchen Nichtigkeiten auch dieses versehen, da theils auf Eidesdelationen, welche im Ehescheidungsverfahren nicht Statt finden, Rücksicht genommen, theils, nach Maaßgabe des Art. 246 C. N., kein besonderes Admissionserkenntniß abgegeben, sondern sofort, nach dem Art. 247 C. N., auf Beweis interloquirt ist, welches Verfahren dem Gesetze zuwider;

Erkennt:

daß von dem Tribunale zu Stendal durch dessen Erkenntniß vom 14ten Mai 1811 nichtig geurtheilt, mithin solches aufzuheben, wie auch das ganze Verfahren erster Instanz

in dieser Sache zu annulliren, die Kosten aber, bei den Verhältnissen der Parteien, in beiden Instanzen zu vergleichen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellationsrichter. Der H. S. P. G. Blumenbach concludirte conform.

LXI.

Gültigkeit der Wechselgesetze nach der Einführung des Gesetzbuchs Napoleons.

Gelten die bisherigen Wechselverordnungen noch jetzt in dem Königreiche Westphalen?

Diejenigen Grundsätze, welche in der XVIIIten und der XXVIIsten Abhandlung des ersten Theils dieses Werks, in Betreff der fortdauernden Gültigkeit derjenigen Gesetze, welche in Frankreich besondern Gesetzbüchern vorbehalten wurden, und nahmentlich der Handels- und Wechselgesetze vorgetragen haben, durch ein von der zweiten Section des Appellationshofes, am 4ten Junius 1812, in Sachen Zimmermann gegen Rühlmannsche Gläubiger, abgegebenes Erkenntniß, eine neue Bestätigung erhalten.

Die Beschwerde des Appellanten, Kaufmanns Zimmermann zu Braunschweig, bestand darin, daß das Tribunal zu Wolfenbüttel eine Wechselforderung von 1500 Rthlr., welche unter der Herrschaft der vorigen Gesetze eingegangen, aber durch eine Prolongation in ihrer ursprünglichen

Kraft erhalten war, nicht, nach Maaßgabe der Braunschweigschen Wechselordnung vom 1sten August 1715, Art. 54, und der Declaration derselben vom 25sten October 1723, in dem Rühlmannschen Prioritätserkenntnisse gleich nach den speciellen gerichtlichen Hypotheken, sondern unter die Privatforderungen classificirt hatte 1).

Der Appellant berief sich auf die in den bemerkten Abhandlungen ausgeführten Grundsätze und erhielt auch folgendes reformatorische

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofs:

Nach Ansicht des 3ten Art. des königl. Decrets d. d. 21sten September 1809, desgl. des 834sten Art. der Proceßordnung;

In Erwägung, daß weder das Gesetzbuch Napoleons, noch die Proceßord., die bisher gültig gewesenen Handelsgesetze aufhebt, vielmehr letztere gar nicht zu der rechtlichen Sphäre des C. N. gehören, indem dieser nur das Objectiv-Allgemeine des Civilrechts enthält;

In Erwägung, daß die Braunschweigschen

1) Vollständige Sammlung der herzoglich Braunschweigschen Wechselverordnungen und deren landesherrlichen Declarationen mit erläuterden Anmerkungen von K. J. G. Wolffram. (Braunschweig 1793. 8.) S. 115 und 174.

Wechselgesetze, und nahmentlich die Wechselordnung von 1715, allerdings unter diejenigen gesetzlichen Vorschriften gehören, welche, als Handelssachen betreffend und einen Gegenstand angehend, über den der C. N. keine Vorschriften enthält, durch dieses Gesetzbuch nicht derogirt worden;

In Erwägung, daß der 54ste Art. dieser Wechselordnung bestimmt die Vorschrift enthält, daß in Concurssachen die Wechsel allen Obligationibus, wenn gleich dieselben generaliter sub hypotheca bonorum ausgestellt, wie auch allen Waaren- und Buchschulden, keineswegen aber denen special gerichtlichen Verschreibungen oder privilegirten Forderungen, präferiret werden sollen, diese gesetzliche Vorschrift auch durch eine landesherrliche Declaration, d. d. 25sten October 1723, über allen Zweifel erhoben ist;

In Erwägung, daß der Umstand, daß der Wechsel des Appellanten, nach Vorschrift der Wechselordnung, prolongiret worden, in Hinsicht der Anwendung dieser Theorie, nicht nur nicht entgegenstehen kann, als vielmehr in eben dieser Prolongation die jetzt noch fortdauernde Wechselkraft und das damit verknüpfte Privilegium der liquidirten Forderung beruhen;

Erkennt:

daß durch das Erkenntniß des Tribunals zu Wolfenbüttel, d.d. 29sten Julius 1811, übel gesprochen, wohl aber appellirt, mithin sol-

ches, in Hinsicht des Appellanten, aufzuheben und der liquidirte Wechsel von 1500 Rthlrn., sammt Zinsen, mit Vorsprung sämmtlicher chirographarischen Gläubiger, der Appellaten, gleich nach den gesetzlichen und gerichtlichen Specialhypotheken zu classificiren, Appellaten aber in sämmtliche Kosten zu verurtheilen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellationsrichter. H. Blumenbach, S. P. G., concludirte conform.

LXII.

Entscheidungsgründe der Urtheile.

Müssen den Urtheilen die Entscheidungsgründe hinzugefügt werden? [1])

„Vereitelt die Geheimhaltung der richterlichen Reflexionen über das Verhältniß der Thatsachen zum Gesetz nicht zum großen Theil die Wohlthaten des collegialischen Zusammentretens, und öffnet der Unwissenheit den Spielraum, welchen das collegialische Zusammentreten der Willkühr entzieht?"

So fragte ein Rechtsphilosoph, deſſen Deutschland nach Jahrhunderten sich noch mit Stolz rühmen wird [2]).

Ich scheue mich nicht, hierauf zu antworten,

---

1) Vergl. über die Aufhebung des Gerichtsgeheimnisses in den Staaten des Rheinbundes, insbesondere über die Frage: Sollen die Urtheilsgründe den Parteien von Amtswegen bekannt gemacht werden? von A. J. Steiger. (Erlangen 1812.)

2) L. H. von Almendingen, kleine juristische Schriften 4ter Thl. S. 21.

daß dieses Geheimhalten der Reflexionen, welche den Urtheilsspruch motivirten, ein wahres Verbrechen an der Gerechtigkeitspflege, und an dem den Bürgern des Staats gebührenden Respecte sey, welche nicht deßwegen den Aussprüchen der Richter unterworfen sind, weil diesen zustünde, irgend eine Gewalt über ihre Personen oder über ihr Vermögen auszuüben (eine solche Gewalt existirt nicht): sondern weil das stumme Gesetz, sich selbst anzuwenden außer Stande, eines lebenden Organs bedarf, von welchem es auf die einzelnen Fälle zur Wirksamkeit gebracht werde [3]. Stets ist es nur das Gesetz, sey es das natürliche, sey es ein positives, welches richtet: nie ist es der Richter, welcher über die Handlungen der Bürger herrscht und ihre Rechtsverhältnisse entscheidet. Und der Richter wollte, des Gesetzgebers Macht an sich reißend, seine Aussprüche als Gesetze, ja als Orakel [4]), von allen Gründen entblößt, ein un-

---

3) Cicero, de legib. III. 1. „Videtis igitur, magistratus hanc esse vim, vt praesit praescribatque recta et utilia et conjuncta cum legibus. Vt enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus: vereque dici potest, magistratum legem esse loquentem; legem autem mutum magistratum." — Oder wie v. Almendingen eben so schön sagt: „Wie die Sprache den Gedanken, so soll der Spruch das Recht rein und vollständig darstellen."

4) „Sind denn die Priester der Gesetze Thaumaturgen? Spricht nicht aus dem Richterspruche ein organisirtes ver-

widerlegbarer Despot, darstellen. Welch eine unnatürliche Anmaaßung! — Der Staat ist zu dem höchsten Grade der Ausbildung gelangt, dessen Bürger am wenigsten durch Gewalt, und am meisten durch der Ueberzeugung Macht beherrscht werden. „Vis abesto!“ sagte Roms philosophischer Staatsmann, „nihil enim exitiosius civitatibus, nihil tam contrarium juri et legibus, nihil minus civile et humanum, quam, composita et constituta republica, quidquam agi per vim.“ — Was für eine Beruhigung können aus von Gründen entblößten Machtsprüchen die Parteien erhalten? — Welchen Nutzen kann aus ihnen der Appellationsrichter schöpfen, der nun, des ersten Richters Gründe nicht kennend, und sie also nicht zu prüfen im Stande (dem Irrthume so gut als der erste Richter unterworfen), in neue Irrthümer verfallen kann? — Geht so nicht aller Nutzen der mehrern Instanzen verlohren? — Die Appellation ist eine Beschwerde gegen einen richterlichen Reflexionsact. Es wird bei ihr der vorige Richter keines fehlerhaften Thuns, sondern nur eines irrigen Meinens beschuldigt. — Wie ist es nun möglich, dieses Meinen des Richters

nünftiges Gesetz? Was hat denn eine Vernunftfunction mit dem auf Täuschung der Phantasie berechneten Apparat griechischer Orakel zu thun?“ (v. Almendingen.)

der ersten Instanz gehörig zu beurtheilen, wenn die Gründe desselben ein Geheimniß sind? —

Mit Recht verordnete daher das französische Gesetz vom 24sten August 1790, Tit. 5. Art. 15, so wie das vom 4ten Germinal des Jahres II [5]), daß jeder Zeit, bei Strafe der Nichtigkeit, in den Erkenntnissen die Beweggründe ausgedruckt werden müßten; eine gesetzliche Bestimmung, die nachher auch in dem 141sten Art. des Code de proc. franç. aufgenommen ist, obgleich, nach dem Art. 1030, man annehmen mußte, daß die Strafe der Nichtigkeit, nicht mehr die Uebertretung dieses wohlthätigen Gesetzes sanctionirte, bis daß solche, durch den Art. 7 des Gesetzes vom 20sten April 1810, für die kayserlichen Gerichtshöfe wieder hergestellt ward [6]). Der 141ste Art. des Code de proc. fr. fehlt in unserer Proceßordn. Dieser Um-

---

5) Merlin, répert. s. v. motifs des jugemens.

6) „Les arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre des juges préscrits, ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assistés à toutes les audiences de la cause, ou qui n'ont pas été rendus publiquement, ou qui ne contiennent pas les motifs, sont declarés nuls." (Loi sur l'administration de la justice par les cours imperiales, d'assises et speciales, et par les tribunaux de 1re. instance, du 20 Avril 1810. (Abgedruckt unter andern in der Didotschen Ausgabe des Code pénal, suivi de l'exposition des motifs; Paris, 1811. 8.) Vergl. Sirey, Jurispr. de la cour de cassat. 1811. Cah. 8. I. p. 268 und das daselbst mitgetheilte Erkenntniß des Cassationshofes, d. d. 11ten Jun. 1808, woselbst bereits auf obige

stand scheint unstreitig einigen westphälischen Gerichten eine hinlängliche Autorisation, die Bewegungsgründe des Urtheils für sich zu behalten. Gewiß mit Unrecht. Entweder hielt der Gesetzgeber jenen Artikel, als aus der Natur der Sache folgend, für überflüßig, oder der Zufall hat nur gewollt, daß er nicht aufgenommen wurde. Es fehlten nemlich in dem den Ständen, in der Sitzung vom Jahre 1808, mitgetheilten ersten Theile der Proceßordnung die Artikel des Code de proc. fr. 141 bis 145 incl., welche die Theorie der Redaction der Urtheile, nach Maaßgabe der Qualitäten, enthalten, indem es die Absicht war, diese nicht aufzunehmen, und die Entwerfung der Ur-

Verordnung Bezug genommen zu seyn scheint. — Zweifelhaft kann es nach den Grundsätzen der französischen Jurisprudenz erscheinen, ob auch die Ordonnances sur référés Entscheidungsgründe enthalten müssen, da, zwar, ihrem ganzen Wesen nach, Urtheile (Aussprüche der richterlichen Reflexionen über einen zur Entscheidung vorgelegten Rechtsstreit): man sie doch, nach dem Sprachgebrauche, diesen entgegenzusetzen pflegt. — Ich halte dafür, daß, eben weil hier ein einzelner Richter entscheidet, die Mittheilung der Gründe um so nöthiger sey, um jeden Verdacht eines richterlichen Despotismus abzuwenden. Pigeau, (I, p. 107.) glaubt nicht an diese Nothwendigkeit, setzt jedoch hinzu: „Cependant il est prudent d'insérer dans les ordonnances sur référés, comme dans les jugemens proprement dits, les motifs sur lesquels elles sont fondées, parcequ'il est sage d'étendre une disposition dont le législateur a espéré l'avantage précieux de tarir la source des jugemens."

theile, selbst des factischen Theils derselben, den Richtern zu überlassen. Es war dieses in dem 98sten Art. des den Ständen mitgetheilten Projects mit den Worten bestimmt:

„Die Abfassung der Erkenntnisse geschieht vom Referenten, oder, wenn kein solcher vorhanden ist, vom Präsidenten, oder einem dazu von ihm beauftragten Richter. Das Erkenntniß muß die Nahmen der Richter und des königlichen Procurators, wenn er dabei gehört worden ist, desgleichen der Anwälte, und die Nahmen, Gewerbe und Aufenthaltsorte der Parteien, ihre Anträge, eine kurzgefaßte Darstellung der Thatsachen und Rechtsgründe und endlich die Entscheidungsgründe und die Entscheidung selbst enthalten.“

Auf die Bemerkungen der reichsständischen Civil-Gesetzgebungscommission wurde die Lehre von den Qualitäten beibehalten, (indem man, gewiß mit Recht, befürchtete, daß die Redaction der Urtheile, nach der neuen Form, bei der Menge der Sachen, die vor einem Tribunale verhandelt werden, den Richtern eine physische Unmöglichkeit seyn würde, nicht zu gedenken, daß ihnen oft die Materialien zur Abfassung fehlen mußten) welches die Aufnahme der Art. der Proceßordnung 96, 97, 98 und 99, die mit den Art. des Code de pr. fr. 142 — 145 correspondiren, bewirkte. Weßwegen der Art. 141, dessen Inhalt in dem mitgetheilten Art. 98 des Projects verschmolzen

war, nicht mit aufgenommen ist, davon finde ich in meinen schriftlichen Sammlungen über die merkwürdige Conferenz der ständischen Commission mit der Justizsection des königl. Staatsraths, welcher ich, als Präsident der erstgedachten Commission, beizuwohnen die Ehre hatte, nichts aufgezeichnet. Es bedurfte lediglich einer Abänderung jenes 98sten Art., dessen Inhalt, in sofern er die Erfordernisse der Urtheile betraf, von niemand bestritten war. Ich vermuthe daher, daß dieser Art. entweder in dem definitiven Entwurfe des Gesetzbuchs aufzunehmen vergessen, oder, als sich von selbst verstehend, übergangen sey. Das erste ist das Wahrscheinlichste [7]. Gewiß war es aber keinesweges die Absicht, die Staatsbürger einer Wohlthat zu berauben, die ein wahres Palladium ihres Eigenthums ist, so wie der Art. 100 der Criminal- und der Art 21 der correctionellen Proceßordnung, welche die Mittheilung der die Entscheidung motivirenden Gesetze und Gründe erfordern, die Palladia ihrer Freiheit und Ehre sind.

Ich bin fest überzeugt, daß jeder Richter, der das Hiergesagte beherzigt, welches sich durch so manche Betrachtung annoch vermehren ließe, gewiß die Mühe nicht scheuen wird, mit der Entscheidung auch die Gründe derselben (und zwar

---

7) Vergl. Fr. Heinrichs v. Strombeck Handbuch des westph. Civ. Pr., Thl. 1. S. 165 f.

nicht auf eine oberflächliche, sondern auf eine solche Weise, wie sie eines aus Gelehrten zusammengesetzten Collegiums würdig ist) [8]) den Parteien zu eröffnen. Und ist es denn nicht ein süßes Gefühl für den Richter, überzeugt zu seyn, sein Urtheil mit so vortrefflichen Gründen versehen zu haben, daß nun Kläger und Beklagter, gleich überzeugt von des Ausspruchs Gerechtigkeit, zufrieden seinen Richterstuhl verlassen? Gewährt es nicht einen hohen Grad von Beruhigung, (die Folge jeder moralischen Handlung) so gegen andere gehandelt zu haben, wie wir selbst behandelt zu seyn wünschen würden? — „Nam qui bene imperat, paruerit aliquando necesse est: et qui modeste paret, videtur, qui aliquando imperet, dignus esse. Itaque oportet et eum, qui paret sperare, se aliquando tempore imperaturum: ET ILLUM, QUI IMPERAT, COGITARE, BREVI TEMPORE SIBI ESSE PARENDUM.“ (Cicero, de leg. III. 2.) [9])

---

8) Ueber die Form der Entscheidungsgründe vergl. v. Eggers, Entwurf einer allgem. bürgerl. Proceß- und Gerichtsordnung, Band II. S. 80. (Zürich 1799. 2 Bände).

9) Sr. Exc., der Hr. Justizminister des Königreichs Westphalen, dem der Verf. seine Bedenklichkeiten über die nicht motivirten Urtheile mitzutheilen für Pflicht hielt, hat nicht nur in einem an ihn gerichteten Schreiben, d. d. 11ten Sept. 1811, die in obigem Aufsatze enthaltenen Ansichten gebilligt, sondern auch, in einem Circulare, die Tribunale

LXIII.

Hypothek. — Accessorien eines verhypothecirten Grundstücks.

Haftet diejenige Hypothek, welche sich auch auf Accessorien des verhypothecirten Grundstückes erstreckt, auch noch alsdann auf jenen, wenn solche von dem Hauptgegenstande getrennt wurden?

Der Art. 524 des C. N. verordnet: „Ihrer Bestimmung nach sind unbeweglich diejenigen Sachen, welche der Eigenthümer

---

auf die Nothwendigkeit der Beobachtung jener Pflicht aufmerksam gemacht.

Sollen (wie Gönner, im Archive für Gesetzgebung, III. B. 2 H. 15. Nr., so vortrefflich auseinandersetzt) durch die Publicität der Urtheile und Sammlung derselben die Prudentes, wie sie ehedem Roms classischer Boden hervorbrachte, ersetzt werden, soll die Gesetzgebung durch die gemeinsame Pflege der Doctrin und der Jurisprudenz ihre Vollkommenheit erlangen: so müssen die Urtheile, um würdig zu seyn, vor einem größern Publicum zu erscheinen, und damit beide (Doctrin und Jurisprudenz), auch der äußern Form nach, einander so gleich gestellt werden, als sie es nach ihrem innern Werthe verdienen, auch die äußere Form einer gelehrten Arbeit annehmen. Unstreitig hat, außer dem ganz zunächst liegenden Zwecke, ein von Gründen entblößtes Urtheil nicht den geringsten Werth. Es ist kein Urtheil,

eines Grundstücks zum Dienste und zur Benutzung desselben darauf gebracht hat," und macht nachher diejenigen Gegenstände nahmhaft, welche zu dieser Kategorie gehören.

Der 2118te Art. des C. N. schreibt vor: „Gegenstände einer Hypothek können nur folgende seyn: Unbewegliche, dem bürgerlichen Ver-

---

sondern ein Machtspruch, den eben so gut die Unwissenheit als die Wissenschaft des Rechten und des Ungerechten dictirt haben kann.

Ich bemerke bei dieser Gelegenheit, daß auch die Mittheilung der Nahmen der Richter ein wesentliches Erforderniß einer vollständigen Expedition eines Urtheils ist, wie man schon aus dem mitgetheilten 98sten Art. des Projects der Proceßordnung abnimmt, und wie dieses der Art. 7 des kayserl. Decrets vom 20sten April 1810 vorschreibt. Die Ausfertigung eines Urtheils muß so vollständig seyn, daß man dessen Werth aus ihr allein, und ohne Vergleichung derselben mit dem Audienzprotocolle (in welchem doch die Nahmen der Richter enthalten seyn müssen), ersehen kann. Wie kann man daher annehmen, daß in der Expedition ein so wesentlicher Bestandtheil der Förmlichkeit des Urtheils fehlen dürfe? — Ich hoffe, durch diese Bemerkung um so mehr Veranlassung zu geben, daß künftig alle Gerichte Westphalens (welches jetzt nicht der Fall ist) ihren Expeditionen der Urtheile die Nahmen aller an dessen Abfassung Theil genommenen Richter und des öffentlichen Ministerii (wenn seine Anträge nothwendig waren) einverleiben lassen werden, da es kaum zweifelhaft seyn kann, daß eine, die Namen der Richter nicht enthaltende, Urtheilsausfertigung die Wirkungen nicht hervorzubringen vermöge, welche, nach den Gesetzen, durch die Insinuation einer ordnungsmäßigen, d. i. vollständigen, Expedition hervorgebracht werden.

kehre unterworfene, Sachen, und deren als unbeweglich zu betrachtende Zubehörungen [1]) u. s. w.

Bei dieser Gesetzgebung kann man folgendes, als aus der Natur der Sache fließend, und als von der französischen Jurisprudenz allgemein anerkannt, voraussetzen.

1. Die genannten, durch die Bestimmung immobilisirten, Gegenstände können nicht abgesondert, sondern nur in Verbindung mit dem Hauptgegenstande, verhypotheciret werden. Es folgt dieses daraus, daß sie nur allein in Hinsicht auf diesen Hauptgegenstand als Immobilien zu betrachten sind [2]).

---

1) Diese gesetzliche Bestimmung begreift weit mehr, als der 6te Art. des Gesetzes vom Brumaire des Jahres VII in sich, welcher nur einer Hypothek fähig erklärte: „les accessoires inhérens aux immeubles, wodurch die nur durch die Destination immobilisirten Gegenstände ausgeschlossen waren. Vergl. Guichard, Jurisprudence hypothécaire, T. I. p. 9. (Paris 1810. Bis jetzt zwei Bände in 8., deren vier erscheinen werden. Eine nach alphabetisch geordneten Artikeln veranstaltete Sammlung von Entscheidungen der französischen Obergerichte über streitige Fragen in der Hypothekengesetzgebung, mit theoretischen Ausführungen des Verf. begleitet. Ein nützliches Werk, welches gleichsam den Commentar zu dem Werke eben des Verfassers: Législation hypothécaire, Paris 1810. drei Bände in 8. ausmacht, worin alle das französische Hypothekenwesen betreffende Verordnungen, Staatsrathsgutachten u. s. w. gesammelt sind.)

2) Vergl. Persil, Regime hypothécaire, ou commentaire,

2. Wenn der Hauptgegenstand mit einer Hypothek belastet wird, so werden es auch von selbst die Accessorien, ohne daß es dieserhalb eines besondern Vertrages bedürfte. Auch dieser Grundsatz folgt aus der Natur der Sache, da die Accessorien mit der Hauptsache von dem Gesetze als ein und derselbe Gegenstand angesehen werden [3].

Zweifelhafter könnte es aber erscheinen: ob eine auf einem Accessorio haftende Hypothek auch alsdann wirksam bleibe, wenn solches von dem Hauptgegenstande getrennt wurde? [4])

---

sur le XVIII. Tit. du liv. III, du C. N, relatif aux Priviléges et Hypothèques, p. 127. (Paris 1809. Ein sehr brauchbarer Commentar, nach der Ordnung der Art. des C. N.)
Sehr gut ist der bemerkte Grundsatz ausgeführt von H. Tarrible, in dem Art. Hypothèques des Répert. univ. p. Merlin, T. V. p. 902.

3) Guichard, l. c. p. 10. Persil, l. c. p. 127. Merlin, l. c. s. v. hypothèque, T. V. p. 900. Nouveau traité des priviléges et hypothèques, suivant les principes du Code civil, par l'auteur du nouveau traité des obligations, p. 48. (Paris 1806. Ein durch das Werk Persil's größtentheils überflüßig gemachtes Werk.)

4) Es wäre allerdings wünschenswerth gewesen, daß das Gesetzbuch über die Wirkung der Realrechte an Mobilien, in Beziehung auf den dritten Besitzer, allgemeine Grundsätze aufgestellt hätte; obgleich sich solche aus dem Geiste der Vorschriften des C. N. abstrahiren lassen. Vergl. Bauer Beiträge zur Characteristik und Critik des C. N. Abthl. 1. S. 13. 63 und 96. (Marburg 1810. Ein von einem sorgfältigen Studium der Quellen des C. N. zeugendes Werk.)

Man könnte glauben, daß diese Frage deswegen bejahet werden müßte, weil im entgegengesetzten Fall die Hypothek auf ein solches Accessorium dem Gläubiger von wenigem oder gar keinem Nutzen seyn würde, indem der Schuldner, kurz vor der Arrestanlegung auf den unbeweglichen Gegenstand, die Accessorien nur davon zu trennen brauchte.

Dessen ungeachtet muß die aufgeworfene Frage verneint werden.

Stets war es ein Grundsatz des französischen, in dieser Hinsicht sehr von den römischen Gesetzen abweichenden, Rechts: Meubles n'ont de suite par hypothèque [5]). Dieser Grundsatz ist durch den C. N. in seiner ganzen Stärke bestätigt. Art. 2119. C. N. Nun ist aber das Accessorium nicht länger als ein unbeweglicher Gegenstand anzusehen, als es mit dem Hauptobjecte verbunden ist; sobald diese Verbindung aufhört, erhält es wieder die völlige Natur einer beweglichen Sache.

Diesen Fall hatte der Art. 2119 des C. N. vor Augen, welcher lautet:

„Eine Hypothek auf bewegliche Sachen kann wieder einen dritten Besitzer

---

5) Einige französische Gewohnheitsrechte ließen die Hypothek auf Mobilien zu, jedoch nicht länger, als sich der bewegliche Gegenstand in dem Besitze des Schuldners befand. Nouveau traité des privilèges, u. s. w. p. 49.

nicht geltend gemacht werden", welche Verordnung, ohne diese Erklärung, da es bekanntlich gar keine Hypotheken auf bewegliche Sachen giebt [6]), gar keinen Sinn haben würde.

Sobald also der Eigenthümer einer verhypothecirten Sache (in sofern es nicht in demjenigen Zeitraume, von 10 Tagen, vor dem Ausbruche seines Concurses geschah, während dessen die Handlungen des Schuldners für ungültig erklärt sind,) die in Frage stehenden Accessorien veräußerte, cessirt auch diejenige Hypothek, welcher sie, in ihrer Verbindung mit dem Hauptgegenstande, unterworfen waren [8]).

Diese Theorie wird stets von der französischen Jurisprudenz befolgt [9]), und ist auch von der zweiten Section des Appellationshofes, am 18ten

6) „L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles, affectés à l'acquittement d'une obligation." Art. 2114. C. N.

7) Art. 2146. C. N.

8) Merlin, rép. T. V. p. 902. „Cette séparation du meuble avec l'immeuble ne pourroit être regardée que comme une dégradation commise sur l'immeuble hypothèqué; et si, par l'effet de cette dégradation, l'immeuble devenoit insuffisant pour la sûreté du créancier, ce dernier n'auroit d'autre droit que celui de poursuivre son remboursement, ou d'obtenir un supplement d'hypothèque, au termes de l'art. 2131."

9) Erkenntniß des franz Cassationshofes, d. d. 19 Vendémiaire 14. und die übrigen von Guichard, T. I. p. 11 der Jurisprudence hypothécaire angeführten Erkenntnisse.

April 1812, in Sachen des Amtmanns Blume zu Rienfelde gegen den ehem. Hofrath Hern zu Tangermünde, angewendet worden.

Folgende Thatumstände gingen der Klage vorher.

Der H. Amtmann Garn zu Schwarzlosen wurde von dem Tribunal zu Stendal verurtheilt, dem H. Hofrath Hern zu Tangermünde 4442 Rthlr. zu bezahlen. Diese Zahlung erfolgte nicht, und nun ließ der Gläubiger des Schuldners Gut Groß-Schwarzlosen mit Arrest belegen. Es fanden sich auf demselben keine Schafe, vielmehr waren diese, der Angabe nach, an den H. Amtmann Blume verkauft. Der Gläubiger ließ nun auch auf diese Schafe Arrest legen, von welchen der Amtmann Blume sie längst dem Amtmann Garn mit 278 Rthlr. 18 Gr. bezahlt zu haben behauptete. Er klagte also auf die Aufhebung des Arrestes, und bemerkte, daß er diese Bezahlung zwar nicht zu beweisen brauche, jedoch den Erfüllungseid darüber abzustatten bereit sey.

Das Tribunal zu Stendal erkannte hierauf am 28sten December 1810:

Das Tribunal;

In Erwägung, daß Kläger eingestanden, die mit Arrest belegte Schafherde zu Rienfelde vom Amtmann Garn zu Schwarzlosen erhalten zu haben, daß das Gut zu Groß-Schwarzlosen, wegen einer Forderung des Verklagten, zur Hypothe-

gesetzt ist; daß, nach Art. 524 des C. N., das zum Feldbau bestimmte Vieh zum Bestande des Gutes zu rechnen, worauf solches sich vorfindet, dahin also auch das vorhandene Schafvieh gehört; daß, nach Art. 2118 C. N., die Zubehörungen einer unbeweglichen Sache Gegenstand der Hypothek sind, daß daher deren Veräußerung dem Schuldner nicht frei stand; es mithin nicht darauf ankömmt, ob jene Schafe vor oder nach angelegtem Sequester auf das Garnsche Gut Groß-Schwarzlosen, dem Kläger, seiner Angabe nach, von dem Schuldner verkauft worden; hat erkannt:

daß der auf die q. Schafe gelegte Arrest für rechtsbeständig zu erachten, daher der Kläger mit seiner angebrachten Klage, als nicht Statt habend, abzuweisen, und verurtheilt denselben in die dem Verklagten verursachten Kosten."

Dieses Erkenntniß ist aufgehoben worden durch folgendes

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht der Art. 524, 2118, 2119 C. N.;

In Erwägung, daß die Absicht dieser Legislation keinesweges ist, die Accessorien eines Grundstückes dergestalt zu immobilisiren, daß sie dem freien Verkehre entzogen werden sollten, vielmehr es evident ist, und aus der Disposition des Art. 2119 C. N. deutlich erhellet, daß sie nur so lange,

als sie durch die Destination mit demjenigen Grundstücke verbunden sind, auf welchem sie sich befinden, den Character eines unbeweglichen Gegenstandes behalten, und von der auch auf ihnen haftenden Hypothek beschwert bleiben, daß aber, sobald sie von solchem getrennt, sie die Natur beweglicher Gegenstände wieder erhalten; woraus denn folgt, daß, da eine Hypothek auf beweglichen Gegenständen zu haften nicht vermag, sie sofort, durch solche Trennung, von der Hypothek befreit werden;

In Erwägung, daß im vorliegenden Falle jene Trennung zu einer Zeit geschehen, wo von dem Eigenthümer noch frei über die quaest. Schaafe verfügt werden konnte;

Erkennt:

daß von dem Tribunale zu Stendal, durch dessen Erkenntniß, d. d. 28sten Dec. 1810, übel gesprochen, wohl aber appellirt, mithin solches wiederum aufzuheben, der von dem Appellaten auf die q. Schaafe gelegte Arrest ebenfalls aufzuheben, und Appellat zur vollständigen Schadloshaltung, so wie zum Ersatz der Kosten, dieser und der vorigen Instanz, zu verurtheilen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellationsrichter. H. Blumenbach, S. P. G., concludirte conform.

LXIV.

Solidarverpflichtungen. — Verbrechen.

Findet nach dem Gesetzbuche Napoleons eine solidarische Verpflichtung, mehrerer, welche durch ein Verbrechen einen Schaden anrichteten, in Hinsicht des Ersatzes dieses Schadens, Statt?

Der Art. 1202 des Gesetzbuchs Napoleons verordnet:

„Das Solidarverhältniß wird nicht vermuthet, sondern muß ausdrücklich verabredet werden. Nur in den Fällen, wo nach gesetzlicher Verfügung das Solidarverhältniß von Rechtswegen eintritt, leidet diese Regel eine Ausnahme" [1]).

Nun bestimmt zwar der Art. 1382 C. N.: „Jede Handlung eines Menschen, von welcher Art

1) Ueber diese gesetzlichen Verfügungen vergl. Pfeiffer, Napoleons Gesetzb. Thl. II. S. 53. Spangenberg, Commentar, Thl. III. S. 33. § 730. Note 1.; vorzüglich aber Thieriet, avocat à la Cour impér. à Nancy, des diverses espèces d'obligations (Strasbourg 1811, 4°; auch abgedruckt in der Biblioth. du Barreau 1811. N 10 u. 11. p. 417 seq.) Sect. I. § 2 de la solidarité des débiteurs, woselbst man auch die hieher gehörige Literatur angeführt findet.

sie auch sey, verbindet, wenn sie einem andern Schaden verursacht, denjenigen, durch dessen Verschulden dieses geschah, zur Entschädigung": — nirgend aber findet sich in dem Gesetzbuche darüber eine Bestimmung, daß, wenn die Schaden verursachende, widerrechtliche Thathandlung von mehrern Individuen verübt wurde, diese Entschädigungsverpflichtung solidarisch seyn solle.

Daß dieses nach den römischen Gesetzen bisher der Fall war, ist hinlänglich bekannt [2]), und kann daher hier nur die Frage entstehen: Ob diese Gesetze in Westphalen durch das Gesetzbuch Napoleons für aufgehoben gehalten werden müssen, da dasselbe sie nicht wiederholt?

Diese Frage ist zu verneinen. Das Gesetzbuch Napoleons betrachtete diese Materie als einen Gegenstand, über den in einem bürgerlichen Codex keine Verfügungen zu erwarten ständen, denselben gänzlich der peinlichen Legislation, zu welcher er in Frankreich stets gezählt wurde, und nach dem neusten Strafgesetzbuche noch gehört, vorbehaltend [3]). Daß dieses wirklich der Fall ge-

---

2) L. 11. §. 2. D. ad leg. Aquil. (IX. 2.); L. 6. pr. D. arbor. furtim caesar. (XLVII. 7.); L. 1. §. fin. und L. 2. 3. de his qui effuder. vel dejecer. (IX. 3.) Vergl. Vicent. Dresky, de correali obligat. ejusque effectu, (Götting. 1776.) § 16.

3) Ordonnance v. 1681, allgem. Tit. Art. 30. Code pénal

wesen sey, erhellet nicht nur aus dem Schweigen des bürgerlichen Gesetzbuches über diese Materie, indem die Criminalgesetze darüber Verfügungen enthalten, sondern auch aus einer ausdrücklichen Bemerkung des Redners der Regierung bei Gelegenheit der Auseinandersetzung der Beweggründe des Art. 1202. C. N. [4])

v. 1810. Art. 55. „Tous les individus condamnés pour un même crime, ou pour un même délit sont tenus solidairement des amendes, des restitutions, des dommages et interêts et des frais."

Vergl. Merlin, répert., nouveau Ferrière par d'Agar, und Encyclopédie méthodique, Part. Jurisprudence, s. v. Solidarité.

4) Motifs, T. V. p. 39. Uebrigens enthielt die erste Redaction des Abschnittes von den Delicten und Quasidelicten einige Bestimmungen über die aus ihnen erwachsende solidarische Verpflichtung zum Schadensersatz. Es schrieb nähmlich der Art. 16. (Liv. III. tit. III. Sect. II.) ausdrücklich vor: „Si d'une maison habitée par plusieurs personnes, il est jetté, sur un passant, de l'eau ou quelque autre chose qui cause un dommage, ceux qui habitent l'appartement d'où on l'a jetté sont tous solidairement responsables, à moins que celui qui a jetté ne soit connu, auquel cas il doit seul la réparation du dommage." (Vergl. L. 1. §. fin. 2 und 5. D. de his qui effud. vel dejec.) Die Redaction dieses Art. wurde auch vom Staatsrathe angenommen. Procès-verbaux, T. III. p. 311 und 313. Weßwegen er nachher aus der definitiven Redaction geblieben, darüber finden sich in den Protokollen keine Nachrichten. (Vergl. Procès-verbaux, T. III. p. 354 und T. IV. p. 154.) Vielleicht, daß dieses in Beziehung auf eine Bemerkung des St.-R. Miot geschah: „que l'énonciation du principe suffit; que les exemples

So wie also in dieser Materie der Richter in Frankreich den Art. 55 des Strafgesetzbuches anwendet, so ist der westphälische Richter dieses in Ansehung der in derselben nicht abgeschafften römischen Gesetze zu thun verpflichtet. Sie sind bis jetzt für uns ein Theil unsers Strafgesetzbuchs, und gehören also unter die gesetzlichen Verfügungen, von denen der Art. 1202 des C. N. redet, und welche, nach der Bemerkung des Redners der Regierung, angewendet werden müssen.

Da nun, wie hinlänglich bekannt ist, jemand, der durch eine strafbare Handlung Schaden erlitt, wegen des Ersatzes desselben, sowohl in Frankreich als in Westphalen, eben so gut bei den Civil- als Criminalgerichten klagend auftreten kann: [5]) so leidet es auch keinen Zweifel, daß wenn er den ersten Weg einschlug, dann auch die Civilgerichte, die, obgleich in den Strafgesetzen verzeichneten, Grundsätze über die Erstattung des Schadens anzuwenden verpflichtet seyen.

Diese Theorie hat die zweite Section des Appellationshofes am 2ten Jul. 1812 in Sachen

---

doivent être retranchés," welche Bemerkung jedoch nicht auf den angeführten, sondern den folgenden Art. ging, wodurch die nur vorübergehend in einem Hause wohnenden Personen von jener Solidarverpflichtung ausgenommen wurden.

5) Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV. art. 4 — 8; Code pénal, art. 10; Code d'instruction criminelle, art. 63 — 70; v. Bülow, Commentar über die drei Strafproceßordn. Westph., Thl. I. S. 49.

der Bürgerschaft zu Calbe gegen mehrere Einwohner in Bühne, Güssefeld, Dolenau u. s. w., zur Anwendung gebracht.

Die Thatumstände waren folgende:

Im Jahre 1808 verweigerten mehrere von Alvenslebensche Dienstpflichtige in den genannten Gemeinden, wie aus einem Mißverständnisse der Gesetze damahl so häufig der Fall war, die fernere Leistung der Naturaldienste, und weder gütliche Vorstellungen, noch gerichtliche Erkenntnisse, waren vermögend, sie zu ihrer Pflicht zurückzuführen. Um also die gerichtlichen Verfügungen zur Wirksamkeit zu bringen [6]), wurden einige von den widerspenstigen Dienstpflichtigen von der Gendarmerie arretirt und in Calbe verhaftet. Kaum hatte diese Verhaftung aber einige Tage Statt gehabt, als sich, an einem Sonntage, eine große Menge Bauern aus den dienstpflichtigen Gemeinden zu Calbe versammelten, und mit Gewalt die Gefangenen in Freiheit setzte. Die Folge hiervon war, daß französisches Militair requirirt werden mußte, die Ordnung wieder herzustellen, und die Wiederverhafteten bewahren zu helfen. Dieses Militair, 112 Mann, wurde in

6) Nach dem Art. 82 der Proceßordn. ist die persönliche Verhaftung, wenn es auf die wegen Unterlassung einer Handlung (à cause de l'inexécution d'un fait) in Civilsachen stattfindende Schadloshaltung ankömmt, erlaubt: daher die Beklagten sehr Unrecht hatten, wenn sie widerrechtlich verhaftet gewesen zu seyn glaubten.

Calbe einquartirt, und mußte von der dasigen Bürgerschaft verpflegt werden, welche überdem zur Bewachung der Verhafteten angestrengt wurde. Diese, gänzlich unschuldig an dem Vorgange, wurde gegen die Rebellen klagbar auf Schadensersatz, und forderte von den Beklagten solidarisch für die Verpflegung der Soldaten, nach Maaßgabe von 97 besondern Rechnungen, 1013 Rthlr. 15 Gr., für die Bewachung der Inhaftirten aber 25 Rthlr. 12 Gr., worauf auch, nach verhandelter Sache, und vorher abgegebenem Interlocut, wodurch die Summen ins Klare gesetzt wurden, das Tribunal zu Salzwedel die Beklagten (mit einigen Modificationen) solidarisch verurtheilte.

Hiergegen appellirten die Beklagten an den hiesigen Appellationshof, sich vorzüglich über die ihnen auferlegte solidarische Verpflichtung beschwerend.

Es erfolgte jedoch folgendes bestätigende

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht der Art. 1382 und 1202 des C. N.;

Des 3ten Art. des königlichen Decrets vom 21sten September 1808;

Der L. 11. § 2. D. ad legem Aquil; L. 6. pr. D. arborum furtim caesarum; L. 1. § fin. u. L. 2 u. 3. de his qui effuderint vel dejecerint;

In Erwägung, daß das Gesetzbuch Napoleons über die aus einem, von Mehrern zugleich begangenen Verbrechen entstehende Correalverbindlichkeit zum Schadensersatze keine Verfügungen enthält, vielmehr diese Materie, wie aus der Entwickelung der Bewegungsgründe des Art. 1202 von Seiten der Redner des französischen Staatsraths erhellet, der Criminallegislation überläßt, durch welche auch späterhin besondere Verfügungen über diesen Gegenstand in Frankreich erlassen sind: woraus denn die natürliche Folge abzuleiten, daß die über diese Materie bisher in Westphalen gültigen Gesetze durch die Einführung des C. N. nicht abgeändert worden;

In Erwägung, daß, da über die bürgerlichen Folgen eines Verbrechens und nahmentlich über die aus demselben entspringende Verbindlichkeit zum Schadensersatze von den Betheiligten sowohl vor dem Criminal- als Civilrichter geklagt werden kann, dann auch, wenn der letzte Weg erwählt wurde, (welches vorliegend einzig der Fall ist, daher auch von keiner Competenz eines Criminalhofes die Rede seyn kann) es die Verpflichtung des Civilrichters ist, die über die Verbindlichkeit zum Schadensersatz sprechenden Verfügungen der Criminalgesetze zur Anwendung zu bringen;

In Erwägung, daß es im facto ausgemacht ist, daß sich die Appellanten des Verbrechens der Rebellion gegen die Verfügungen gesetzlicher Au-

ctoritäten, nachdem einige von jenen, auf den Grund des Art. 82. Nr. 1. der Proceßordn., mit vollkommenem Rechte durch Personalarrest zu ihrer Schuldigkeit angehalten waren, haben zu Schulden kommen lassen, und daß die Appellaten, durch die, durch der Appellanten Widersetzlichkeit nöthig gewordene Execution bedeutenden Schaden erlitten haben;

In Erwägung, daß die rechtliche Folge hiervon ist, daß die Appellanten diesen Schaden den Appellaten zu ersetzen, und zwar solidarisch für diesen Ersatz zu haften verpflichtet seyen;

In Erwägung, in Hinsicht der übrigen Beschwerden gegen die beiden Tribunalserkenntnisse, daß deren Gründe nicht elidirt, vielmehr solche von dem Appellationshofe gebilligt werden;

Erkennt:

daß übel appellirt, durch das Tribunal zu Stendal aber, durch dessen Erkenntnisse d. d. 28sten Mai 1811 und 26sten Novemb. 1811 wohlgesprochen, mithin solche zu bestätigen und Appellanten auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Apellationsrichter. H. Blumenbach, S. P. G. concludirte conform.

LXV.

Entscheidungseid.

Bis zu welchem Zeitpuncte in dem Processe ist es erlaubt, sich des Entscheidungseides zu bedienen?

Nach dem 1360sten Art. des Gesetzbuchs Napoleons kann der Entscheidungseid 1) in jeder Lage des Rechtsstreites zugeschoben werden.

So bestimmt diese Worte sind, so werden sie doch, wie die Erfahrung lehrte, hin und wieder irrig ausgelegt.

1) In legislativer Hinsicht vergl. über diese Materie: v. Eggers, Entwurf einer allgem. bürgerl. Proceß- und Gerichtsordn. II. B. 13te Titel. — Wie manche, in diesem vortrefflichen Werke enthaltene Vorschläge sind durch die neue Gerichtsverfassung realisirt; obgleich jenes auf einer ganz andern Basis (dem bloß schriftlichen Verfahren) als diese begründet ist! — Ueber die Bedenklichkeit in legislativer Hinsicht in Betreff der zu- und zurückgeschobenen Eide vergl. ebenfalls v. Eggers, in den Bemerk. über den C. N. (Leipz. 1811.) S. 123. (Einem Werke, welches zwar den selbstprüfenden Rechtsgelehrten beurkundet, doch von einer noch mangelhaften Kenntniß der franz. Legislation zeigt. Wie viele Wünsche des V. sind nicht in andern Gesetzen erfüllt, welche derselbe nicht zu kennen scheint, z. B. die Bestrafung des Ehebrechers u. s. w.)

Der Entscheidungseid kann in jeder Lage des Rechtsstreites zugeschoben werden, d. h., seine Zuschiebung ist, von dem Augenblicke an, da eine Thatsache von dem einen der streitenden Theile behauptet, von dem anderen aber verneint ist, bis zu der Definitivsentenz (nicht aber nach derselben) erlaubt [2].

In diese Periode gehört nicht nur die gerichtliche Rede unmittelbar vor der Definitivsentenz, sondern auch die ganze Oppositionsinstanz, selbst dann, wenn sich nachher finden sollte, daß sie, nach westphälischen Grundsätzen, durch Causalien nicht begründet wäre, und, auch in dieser Instanz, die letzte Plaidoirie, selbst dann, wenn in den vorhergegangenen schriftlichen Mittheilungen von der Zuschiebung des Entscheidungseides nicht die Rede gewesen seyn sollte.

Diese Grundsätze sind von der zweiten Section des Appellationshofes am 11ten Januar 1811 in Sachen des Banquiers Hilzheimer zu Braunschweig gegen den Kaufmann Wollenweber daselbst zur Anwendung gebracht. Das Erkenntniß ist ohne weitere Mittheilung von Thatumständen, aus sich selbst, verständlich.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

---

2) Pigeau, T. I. p. 243. Meine Formul. und Anmerk. z. Proceßordn., Thl. I. S. 59.

Nach Ansicht des Art. 1360 des C. N.;

In Erwägung, daß der Entscheidungseid in einer jeden Lage des Rechtsstreites zugeschoben werden kann, und daß also hieraus folgt, daß er erst alsdann unzuläßig wird, wenn der Richter sein Ministerium, durch die Abgebung eines endlichen, bei ihm selbst keinem Rechtsmittel mehr unterworfenen, Erkenntnisses erfüllt hat;

In Erwägung, daß das Erkenntniß des Tribunals zu Wolfenbüttel, d. d. 8ten Jun. 1810, in contumaciam des nicht erschienenen Appellanten abgegeben, und daß gegen dasselbe das Rechtsmittel der Opposition zur Hand genommen wurde, vor Erledigung dieser Oppositionsinstanz aber um so weniger gesagt werden konnte, daß das Ministerium des judicis a quo beendigt, da, nach dem Art. 355 der Proceßordnung, vor Erledigung der Oppositionsinstanz nicht einmahl das Rechtsmittel der Appellation zulässig war;

In Erwägung, daß wenn also bis zu dem Erkenntnisse, d. d. 30sten Oct. 1810, wodurch die Opposition verworfen ward, die Sache bei dem Tribunale zu Wolfenbüttel annoch rechtshängig war, auch hieraus folgt, daß es dem Appellanten bis zu diesem Erkenntnisse, und daher auch annoch in der demselben vorhergegangenen Plaidoirie, frei stand, seinem Gegner den Entscheidungseid zuzuschieben;

Erkennt:

das von dem Tribunale zu Wolfenbüttel durch dessen Erkenntniß, d. d. 30sten Oct. 1810, in sofern der vom Appellanten dem Appellaten zugeschobene Entscheidungseid über das festgesetzte thema probandum verworfen worden, übel geurtheilt und wohl appellirt, mithin, in dieser Hinsicht, solches Erkenntniß aufzuheben; und

Verordnet:

da solche Eideszuschiebung hierdurch für rechtmäßig erkannt wird, daß Appellat eidlich zu erhärten:

Gestalten u. s. w. . . . .

und daß bis zur Ableistung oder Zurückschiebung (in sofern solche zuläßig) des fraglichen Eides, die fernere Entscheidung der Sache ausgesetzt bleiben soll.

In die bis jetzt in dieser Instanz verursachten Kosten wird der Appellat verurtheilt, das Erkenntniß über die Kosten der ersten Instanz bleibt bis zum Definitiverkenntnisse ausgesetzt.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellationsrichter.

LXVI.

Testament. — Legat, einer ungewissen Person hinterlassen.

Ist ein Legat gültig, welches an jemand, um darüber „nach dem ihm eröffneten Willen des Testators" zu verfügen, hinterlassen wurde?

Kein Theil der Napoleonischen Gesetzgebung wird in Westphalen noch weniger richtig angewendet, als der von den Förmlichkeiten der Testamente. Giebt es doch sogar als Muster aufgestellte Formulare von solchen, welche, genau befolgt, nur nichtige Acte hervorzubringen vermögen. Ein Glück für die Eingesetzten ist noch, daß die Intestaterben, ihre natürlichen Gegner, und deren Rathgeber, in der Regel, die zur Gültigkeit der Testamente nöthigen Formen eben so wenig als sie selbst zu beurtheilen im Stande sind: daher denn manche Einsetzung bei Kräften bleibt, welche, richtiger gewürdigt, über den Haufen fallen würde. Dem Verfasser sind selbst eine bedeutende Menge von Testamenten zu Gesichte gekommen, an deren Gültigkeit nicht gezweifelt wurde, obgleich sie völ-

lig nichtig waren [1]); und zwar ohne daß er Veranlassung gehabt hätte, das Stillschweigen der Intestaterben auf die Rechnung eines besondern Edelmuths, welcher sich bestrebt hätte, selbst den nichtigen Willen des Erblassers zu erfüllen, zu setzen.

Da es jedoch unstreitig sicherer ist, seinen letzten Willen so einzurichten, daß derselbe in jeder

---

1) Es gehörten hierunter auch ein Paar Testamente in denen Substitutionen (so schwer durch den Art. 896. C. N. verpönt) enthalten waren. Zwar fängt man auch jetzt in Frankreich an, die Härte dieses Gesetzes zu fühlen, und sie durch Auslegung desselben zu mildern zu suchen: doch, wie mich dünkt, so lange das Gesetz nicht abgeändert ist, vergebens. Ich kann daher auch den schätzbaren V. V. des Mémorial du Conseil de jurisprudence, T. I. p. 204 nicht beipflichten, wenn sie in den Worten: „dans le cas où ma dite nièce viendroit à décéder sans enfans, les biens immeubles rentreront directement à la ligne de ses frères et soeurs“ weil die sacramentellen Ausdrücke: „conserver“ und „rendre“ von dem Testator nicht angewendet wären, keine Substitution finden. Wer würde, nach der römischen Legislation, in jenen Worten nicht ein Fideicommiß gefunden haben? — und das Gesetz sagt im Allgemeinen: „Les substitutions sont prohibées.“

Eine andere Frage ist es, ob jemand in einem Testamente nicht, im Allgemeinen, diejenigen Personen zu Erben einsetzen könne, welche, zur Zeit seines Todes, nach Maaßgabe eines gewissen abgeschafften Gewohnheitsrechts, seine Erben seyn würden. — Sie ist von Herrn Gönner, Archiv, Thl. III. S. 380 f., aus unwiderleglichen Gründen bejahet worden. Hier ist weder eine Substitution, noch eine Ungewißheit des Erben vorhanden. Das, zwar als Gesetz abgeschaffte, Gewohnheitsrecht gilt hier als Wille des Testators. So gut er sich auf einen Stammbaum hätte beziehen können, so gut konnte er dieß auf jenes alte Recht.

Hinsicht für rechtsbeständig geachtet werden muß, als es auf die Unwissenheit oder den Edelmuth der Intestaterben mit einem nichtigen Acte zu wagen: so wird es nicht unzweckmäßig seyn, besonders auf solche Fehler der Testamente aufmerksam zu machen, die auch einem aufmerksamen Rechtsgelehrten entschlüpfen können; denn ich glaube mit Recht von dem gegenwärtigen Werke ausführliche Erörterungen über solche Fehler der Testamente ausschließen zu müssen, welche bei einer wörtlichen Befolgung des Gesetzes, leicht vermieden zu werden vermögen. Nur, zur Warnung der Notare, werde ich mir ein Paar Ausnahmen von dieser Regel erlauben, denn nichts ist langweiliger und nutzloser, als die vielen in den französischen Sammlungen befindlichen, sich gänzlich gleichen, Rechtsfälle von Testamenten, welche annullirt wurden: weil der Notar vergessen hatte, die dem Testator geschehene Vorlesung in Gegenwart der Zeugen zu bemerken, weil er statt anzuführen, es „geschrieben" zu haben, bemerkte, er habe es „redigirt", u. s. w. — Denn kann es wohl etwas leichteres und einfacheres geben, als sich stets der eignen Worte des Gesetzes zu bedienen? obgleich, auf eine unbegreifliche Weise, es vorzüglich Fehler dieser Art sind, wodurch so viele Testamente nichtig werden 2).

---

2) Nicht dringend genug kann ich den Herren Notaren (wenn

Unter jene erstgedachten Fehler gehört unstreitig derjenige, von welchem in gegenwärtiger Abhandlung die Rede seyn wird, und welcher, (obgleich vielleicht sehr zu entschuldigen) die Nichtigkeit des Legats, in Hinsicht dessen er begangen war, nach sich zog [3]).

Johann Merendol errichtete am 17ten August 1807 ein Testament, worin folgende, nachher bestrittene, Verfügung vorkam:

„Die Vollzieher meines Testaments sollen „dem H. Laugier, hiesigem Priester, die Summe „von 14000 Franken zur Verfügung übergeben,

---

einigen von ihnen diese Blätter zu Gesichte kommen sollten) anrathen, sich Formulare selbst zu entwerfen, in welchen alle bei den öffentlichen Testamenten zu beobachtenden Formen auf das Genauste bemerkt sind, und diese Formulare dann bei der Niederschreibung der Testamente stets zu Rathe zu ziehen, nie aber es auf ihr Gedächtniß ankommen zu lassen. Wie leicht entschlüpft dem treusten Gedächtnisse ein unbedeutend scheinender Umstand, und welcher, versäumt, doch die Nichtigkeit des ganzen Actes nach sich zieht!

3) Die Materialien zu dem Texte der gegenwärtigen Abhandlung sind aus Sirey's jurisprudence de la cour de cassat., T. XI. an 1811. Cah. 11. I. Part. p. 357, entlehnt. Ich trug um so weniger Bedenken, diese Entlehnung vorzunehmen, da bis jetzt vor dem hiesigen Appellationshofe nur sehr wenige Streitigkeiten über die testamentarische oder die legale Erbfolge, nach der neuen Gesetzgebung, Statt gehabt haben, und da mir der Text dieses Aufsatzes zu manchen, mir nicht uninteressant scheinenden, Bemerkungen Veranlassung gab.

„in Hinsicht welcher ich ihm meinen Willen habe „wissen lassen.“

„Was meine übrigen (quant au surplus) „beweglichen und unbeweglichen Güter anbetrifft: „so ernenne ich in Hinsicht dieser den H. „Alexander Merendol zu meinem Universaler„ben, um solche, sobald er sein 24stes Jahr erreicht „haben wird, zu empfangen.“

Jenes Legat wurde als nichtig angegriffen, weil es eine Substitution, ein Fideicommiß, ein Wahlrecht, oder wenigstens ein in Hinsicht des Legatars unbestimmtes Legat enthielte.

Der eingesetzte Erbe willigte in die Ablieferung des Legats ein [4]).

---

4) Ich halte dafür, daß er daran sehr Recht that, denn er war nur in Hinsicht des „Uebrigen“ (außer jenem Legate) zum Erben eingesetzt, und daher lediglich als Legatar unter einem Universaltitel (légataire à titre universel) zu betrachten (Art. 1010. C. N.). Es hieß nämlich im Testamente nicht, daß er den Inbegriff des ganzen Vermögens erhalten, und die 14000 Fr. dem genannten Priester aushändigen sollte; in diesem Falle wäre ein Universalvermächtniß (legs universel) vorhanden gewesen (Art. 1003. C. N.), und, bei dem Nichtvorhandenseyn von Erben, denen das Gesetz einen aliquoten Theil des Nachlasses zubilligt, der Besitz auf den Universallegatar kraft des Gesetzes übergegangen, ohne daß er die Auslieferung von dem gesetzlichen Erben zu begehren verbunden gewesen wäre (Art. 1006. C. N.); in jenem Falle, welcher wirklich vorhanden war, mußte er aber die Auslieferung desjenigen,

H. Laugier behauptete, es sey keine Substitution vorhanden, weil keine zwei auf einander folgende Institutionen Statt gehabt hät-

---

was ihm legirt war, von dem gesetzlichen Erben verlangen (Art. 1011. C. N.). Nun konnte er aber doch von diesem nicht mehr begehren, als das ihm vermachte „Uebrige", d. i. das ganze Vermögen, ausschließlich der fraglichen 14000 Franken. Nichts war also, unter diesen Umständen, natürlicher, als daß, wenn das Legat, aus irgend einer Ursache, wegfiel (Art. 1043. C. N.), dasselbe nicht ihm accrescirte (ein solches Zuwachsrecht hat, in Hinsicht der Legatarien, nur dann Statt, wenn mehrern in Verbindung ein Vermächtniß zugewendet wurde — Art. 1044. C. N. — welches hier nicht der Fall war): sondern dem gesetzlichen Erben anheim fiel. In Hinsicht der 14000 Fr. starb nämlich nun der Testator ohne Testament. (Man erinnert sich, daß die Vorschriften des römischen Rechts in der gegenwärtigen Materie von dem C. N. nicht aufgenommen sind.) — Selbst nach der ältern französischen Jurisprudenz entschied man nach diesen Grundsätzen. Vergl. Merlin, répert. s. v. accroissement. „Ainsi dans le cas, ou le testateur, après avoir faits des legs à Pierre et à Paul, viendroit à inserer dans son testament: et à l'egard du surplus de mes biens, je les laisse à Guillaume, que j'institue mon légataire universel, il est constant que les legs que Pierre et Paul auroient refusés d'accepter n'appartiendroient à Guillaume par droit d'accroissement, et appartiendroient au contraire à l'heritier du defunt." Dieser Fall ist hier aber ganz genau vorhanden. Vergl. Maleville, ad art. 1045. C. N., woselbst man die sehr richtige Bemerkung finden wird, daß jetzt alle Folgen der Regel: „nemo pro parte testatus etc.", mit dieser selbst, wegfallen; wobei ich auf die Berücksichtigung des Grundsatzes aufmerksam mache, daß der C. N. nur gesetzliche Erben kennt. Können gleich testamentarische Verfügungen auch unter dem Nahmen

ten; eben so wenig ein Recht (einen Legatar) zu wählen; in Betracht dessen übrigens das Gesetz auch nichts verordnet habe. Es sey auch keine Ungewißheit in Hinsicht des Legatars vorhanden, indem das Legat ihm, Laugier, anheim gefallen sey, und er allein ein bürgerliches Recht haben könne, es in Empfang zu nehmen, unbeschadet der Verpflichtungen seines Gewissens.

Während der gerichtlichen Reden setzte H. Laugier zu seinen bisherigen Anträgen noch hinzu: er erböthe sich, nicht nur eidlich zu erhärten, daß das fragliche Vermächtniß keinem Unfähigen zu Nutzen kommen solle, sondern er willige auch gern darin ein, daß das Gericht, wenn es solches für nothwendig erachte, irgend jemand ernenne, unter dessen Augen er nach dem Willen des Testators, über das fragliche Vermächtniß verfügen wolle.

Uebrigens behauptete er, daß die gesetzlichen Erben nicht berechtigt seyn könnten, ein besonderes Vermächtniß anzufechten [5].

---

von Erbeseinsetzungen Statt finden (Art. 1002. C. N.), so ist doch, nach dem Geiste der neuen Legislation, ein solcher Testamentserbe nichts als ein Legatar, und kann nur als ein solcher angesehen werden. Es ist gleichgültig, ob der Erblasser sagte: ich setze den N. N. zum Erben meiner Uhr, oder meines ganzen Vermögens, ein, er ist, des Ausdrucks „Erbe" ungeachtet, in beiden Fällen gleichmäßig Legatar.

5) Hierin irrete er unstreitig, nach dem was ich bereits angeführt habe. Er würde Recht gehabt haben, wenn das

Am 2ten Junius 1808 erfolgte ein Erkenntniß des Civiltribunals zu Marseille, welches die Aushändigung des Legats unter der Anführung folgender Gründe verordnete:

„In Erwägung, daß dieses Legat nichts darstellt, welches den Gesetzen entgegen wäre;

Daß es als keine Substitution angesehen werden kann, weil der erwähnte Geistliche das Legat nicht empfängt, um es wieder herauszugeben, sondern lediglich, um es auf eine den Wünschen des Testators gemäße Art anzuwenden;

Daß der Character des H. Laugier, und die öffentliche Achtung, deren er genießt, jeden Argwohn, als sey das fragliche Legat einer unfähigen Person bestimmt, entfernt, und daß, ein solches Vermächtniß annulliren, hieße, den lobenswerthen Absichten des Testators entgegen handeln."

Gegen dieses Erkenntniß wurde die Berufung eingewandt.

Der Appellationshof hielt dafür, daß die gesetzlichen Erben des Johann Merendol allerdings berechtigt wären, durch eine Klage die Nichtigkeit des fraglichen Legats der 14000 Franken zu ver-

Testament gelautet hätte: Ich vermache meinen sämmtlichen Nachlaß dem Alexander Merendol, und verordne, daß dieser gehalten seyn soll, folgendes Legat auszuzahlen. So war einer der Legatare früher bedacht als der eingesetzte Erbe, welcher nichts als ein Legatar unter einem Universaltitel war.

folgen; daß diese Disposition nichtig sey, da sie eine von dem Gesetze nicht gebilligte Weise, Legate zu hinterlassen, zur Anwendung brächte, und durch welche leicht die Absicht des Gesetzes vereitelt werden könnte; daß hier in der That eine Freigebigkeit in Frage stehe, deren Gegenstand unbekannt sey, indem H. Laugier erklärt, daß ihm das Vermächtniß nicht bestimmt sey, woraus also folge, daß die Bestimmung desselben von einem Dritten abhänge und nicht bekannt sey; daß übrigens, da das Vermächtniß solchergestalt als nichtig angesehen werden müsse, es auch durch Handlungen, welche dem Testamente und dem Testator fremd seyen, nicht gültig gemacht werden könne, wenn man auch annehmen wolle, daß sie fähig wären, das Gericht über die Rechtmäßigkeit der Verwendung des Legats völlig zu beruhigen.

Aus diesen Gründen erklärte also der Appellationshof, durch ein Erkenntniß vom 5ten Junius 1809, das fragliche Legat für nichtig, und den gesetzlichen Erben anheim zu fallen.

H. Laugier nahm gegen diese Entscheidung die Cassation zur Hand, und behauptete, daß durch die angegriffene Sentenz sowohl die ältern als neuen Rechtsprincipien verletzt seyen; erstens, weil die gesetzlichen Erben für zur Sache legitimirt angenommen wären, da doch, wenn das fragliche Legat seine Wirksamkeit verlohren, sie von diesem Umstande keinen Vortheil ziehen könnten, da es

dann, vermöge des Zuwachsrechts (droit de non-decroissement), dem eingesetzten Erben gehören würde, welcher in die Aushändigung willige; zweitens, weil der Art. 902. C. N. offenbar unberücksichtigt geblieben wäre. Dieser verordne: „durch eine Schenkung unter Lebenden oder Testament kann jeder, den das Gesetz nicht für unfähig erklärt, verfügen oder erwerben.“ Im vorliegenden Falle sey die gesetzliche Fähigkeit sowohl bei dem Testator als bei dem Legatar vorhanden; worauf denn nun die Annullation des Legats begründet sey?

In einer eignen, von mehrern Rechtsgelehrten unterschriebenen, Consultation würden diese Gründe noch mehr entwickelt, besonders aber, durch Anführung einer großen Menge obergerichtlicher Entscheidungen, von dem 16ten Jahrhundert an bis zu den neuesten Zeiten, dargethan, daß man stets solche, den Geistlichen, zu besondern geheimen Verfügungen, hinterlassenen Gewissenslegate für rechtsbeständig gehalten hätte.

Der Cassationshof entschied, dessen ungeachtet, am 12ten August 1811, nach Anhörung der conformen Conclusionen des H. Grafen Merlin, folgendermaaßen.

Urtheil.

„Der Gerichtshof:

In Erwägung, so viel zuvörderst die von

dem nachsuchenden Theile vorgebrachte Einrede der fehlenden Legitimation zur Sache (fin de non-recevoir) anbetrifft, welche daraus erwachsen soll, daß seine Gegner keine rechtliche Befugniß haben, ihm die Auslieferung seines Legats zu verweigern: ersterer vielmehr selbst nicht damit zugelassen werden kann, Einreden aus den Rechten eines Dritten herzunehmen, besonders wenn dieser selbst seinem Interesse gemäße Vorträge gemacht hat;

In Erwägung, so viel den aus einer behaupteten Verletzung des Art. 902. C. N. hergenommenen Cassationsgrund anbelangt, daß das angefochtene Erkenntniß nicht ausgesprochen hat, daß der Testator unfähig gewesen sey, Legate zu hinterlassen, oder H. Laugier solche anzunehmen, sondern lediglich, daß das Legat nicht dem H. Laugier persönlich hinterlassen sey, und daß jedes Vermächtniß, welches einer ungewissen Person gemacht, und der Bestimmung eines Dritten unterworfen wäre, ohne Wirkung bleiben müsse;

Welches der Gerichtshof, ohne irgend ein Gesetz zu verletzen, aussprechen konnte, und wodurch er vielmehr den Grundsätzen sowohl der alten als neuen Gesetzgebung gemäß erkannte;

Verwirft das zur Hand genommene Rechtsmittel."

LXVII.

Testament. — Nichtigkeit. — Unterschrift des Testators.

Ist es bei einem öffentlichen Testamente, oder bei der Aufschrift eines mystischen, hinlänglich, wenn der Testator zu unterschreiben unvermögend, daß der instrumentirende Notar erkläre, der Testator sey des Schreibens unerfahren; oder muß vielmehr ausgedruckt werden, daß er zu unterschreiben nicht im Stande sey? 1)

In keiner Materie wird von dem Gesetzbuche Napoleons die Erfüllung der gesetzlichen Formen mit einer größern Strenge gefordert, als in der von Testamenten. Mögen jene Formen auch mit der gewissenhaftesten Strenge erfüllt seyn, und ist es (bei einem öffentlichen Testamente) die einzige nicht, welche verlangt, daß der Erfüllung der Formen ausdrücklich und in dem Aufsatze (acte) selbst 2),

1) „Quid est tantum, quantum jus civitatis! Quid autem tam exiguum, quam est munus hoc eorum, qui consuluntur, quamquam est populo necessarium.“ Cicero, de leg.

2) Art. 972. Zwar ist in dieser Stelle nicht, wie im Art. 973 gesagt: il en est fait du tout DANS L'ACTE mention

erwähnt werde; so ist es eben so gut, als sey diese Erfüllung gar nicht geschehen; denn kein Beweis ist zuläßig, daß sie Statt gehabt habe.

Unter den von dem Gesetze verlangten Förmlichkeiten befindet sich nun auch, bei dem öffentlichen Testamente, nach dem Art 973, die:

„Auch muß dieß Testament von dem Testator unterschrieben, und wenn er erklärt, daß er zu unterschreiben nicht verstehe, oder dazu außer Stande sey, seine Erklärung und die ihn verhindernde Ursache, ausdrücklich in dem Aufsatze [3]) (dans l'acte) erwähnt werden."

Bei dem mystischen Testamente ist aber der Handlung des Unterschreibens folgender Maaßen im Art. 977 erwähnt:

„Wenn der Testator zu unterschreiben nicht versteht, oder dazu außer Stande war, als er

---

expresse: aber das Wesen der ganzen Handlung bringt es mit sich, zu verlangen, daß die ausdrückliche Erwähnung in dem testamentarischen Aufsatze und nicht in einem besondern geschehe.

3) Diese Worte fehlen in der westphälischen officiellen Uebersetzung, wahrscheinlich durch ein Versehen, denn obgleich sie sich gewisser Maaßen von selbst verstehen, so kann doch in einer Materie, wie die gegenwärtige, nicht präcis genug gesprochen werden. Leicht könnte entweder Unwissenheit, oder böser Glaube, aus dem Mangel dieser Worte herleiten wollen, es sey genügend, daß die fragliche Erwähnung geschehe, gleichgültig, ob in dem testamentarischen, oder einem andern Aufsatze.

seine Verfügungen niederschreiben ließ, so soll zu der Aufschrift noch ein Zeuge, außer der im vorhergehenden Titel bestimmten Zahl, zugezogen werden, welcher nebst den übrigen Zeugen die Aufschrift unterschreibt, und in Ansehung dessen der Ursache warum er zugezogen worden, Erwähnung geschehen muß."

Wenn man obige Gesetzstellen aufmerksam liest, so wird man finden, daß in den beiden erwähnten Fällen von dem Testator keineswegs verlangt werde, daß er zu schreiben verstehe, oder im Stande sey; sondern lediglich, daß er verstehe, oder im Stande sey, zu unterschreiben [4]. Unter beiden ist aber ein sehr wesentlicher Unterschied. Viele Menschen, besonders auf dem Lande, begnügten sich damit, das Hinmahlen ihres Nahmens zu erlernen, ohne daß sie es je so weit brächten, auch ihre Gedanken schriftlich ausdrucken oder nur geschriebene Schrift lesen zu können. Alle diese Personen sind im Stande den Willen

---

4) Obgleich die wörtliche Uebersetzung von signer „unterzeichnen" seyn würde, so ist doch die Unterschrift als nothwendig zu erachten. Könnte man auch eine Unterzeichnung durch ein Monogramm, wie sie im Mittelalter, selbst bei den Kaysern, gewöhnlich war, für hinlänglich halten, so wäre es doch unstreitig nicht das Hinmahlen von ein paar Kreuzen: und wo wäre dann die Gränze? Man nimmt also mit Recht an, daß das Gesetz die Unterschrift und nicht die Unterzeichnung verlange.

des Gesetzes zu erfüllen, ihr Testament zu unterschreiben, und unstreitig ist dieses nichtig; wenn sie es nicht thun, und statt dessen von dem Notar den hier ganz fremden Umstand, daß sie nicht schreiben können, bescheinigen lassen. Ebenso ist mancher, Alters oder Schwachheits halber, oder wegen einer Wunde am Arm, außer Stande zu schreiben, ob er gleich wohl zur Noth eine Unterschrift zu vollbringen vermöchte.

Aus allem diesen folgt also, daß wenn ein öffentliches Testament, oder der Subscriptionsaufsatz eines mystischen, von dem Testator nicht unterschrieben werden kann, dann der instrumentirende Notar, nicht den Umstand, daß der Testator nicht zu schreiben verstehe, oder es nicht könne, oder wie gewöhnlich ist, daß er des Schreibens unerfahren, sondern den, davon verschiedenen, daß er nicht zu unterschreiben verstehe, oder es nicht könne, zu attestiren verpflichtet ist. Geschah dieß nicht, so ist das Testament nichtig.

Gern will ich es zugeben, daß ähnlichen Bemerkungen Sylbenklaubereien zum Grunde liegen; da jedoch, besonders bei Testamenten, der Scharfsinn der Menschen sich ganz vorzüglich dahin äußert, Nichtigkeiten zu entdecken, und (da hier der Eigennutz so sehr anspornt) nicht leicht eine solche unentdeckt bleibt; so halte ich es für Pflicht der Rechtsgelehrten, die Notare vor solche Versehen zu warnen, welche kostbare Processe verursachen

und sie und die Parteien in großen Schaden stürzen können. Man bediene sich, bei Testamenten, stets der eignen Worte des Gesetzes: dieß ist eine Hauptregel, welche, befolgt, großem Unglücke vorzubeugen im Stande ist.

Obige Theorie wurde übrigens von dem Appellationshofe zu Douai, am 9ten November 1809, angewendet [5]).

Urtheil.

Der Appellationshof:

In Erwägung, daß ein Notar, welcher ein Testament niederschreibt, bei der Bemerkung der Erfüllung der gesetzlichen Formen, sich der Ausdrücke des Gesetzgebers bedienen muß, oder wenigstens solcher, welche diesen Ausdrücken völlig gleichbedeutend sind, und also dieselben Ideen, ohne alle Zweideutigkeit und Ungewißheit, bezeichnen; daß manche Person, — welche die Buchstaben ihres Nahmens zu mahlen versteht, dennoch aber die übrigen Buchstaben des Alphabeths nicht hinzuzeichnen vermag, — wohl zu unterschreiben, nicht aber zu schreiben im Stande ist;

Daß die Erklärung des Umstandes, schreiben zu können, zwar auch nothwendig die Erklä-

---

5) Jurisprudence du C. N. T. XIV. p. 153.

rung unterschreiben zu können in sich enthält, nicht aber umgekehrt;

Daß also der Testator, welcher erklärt, nicht schreiben zu können, dadurch den Umstand noch nicht klar macht, ob er nicht wenigstens zu unterschreiben im Stande sey;

Daß, da dieser zweite Umstand durch die Erklärung des Testators über den ersten nicht in hinlängliche Gewißheit gesetzt ist, zu diesem Behufe einen Beweis durch Zeugen oder Urkunden nothwendig werden würde, ein Beweis dessen Zulässigkeit der Gesetzgeber ausgeschlossen hat, indem er verordnete, daß der Testator erkläre, nicht, ob er zu schreiben, sondern ob er zu unterschreiben im Stande sey; . . . .

Erkennt:

daß übel geurtheilt u. s. w.

LXVIII.

Förmlichkeiten der Testamente. — Nichtigkeiten derselben. — Responsabilität der Notarien.

Muß die Beobachtung der Förmlichkeiten eines Testaments aus diesem selbst deutlich ersichtlich seyn, oder ist es erlaubt, den Beweis dieser Beobachtung durch Induction zu führen?

Ist der Notar, welcher ein Testament abfaßte, für die gehörige Beobachtung der Formen den eingesetzten Erben und Legatarien responsabel?

§ 1.

Nicht genug können sich die Notare von der unumstößlichen Gewißheit des Axioms überzeugen, daß die im Gesetzbuche Napoleons bei der Abfassung der öffentlichen und mystischen Testamente vorgeschriebenen Förmlichkeiten mit der pünctlichsten Genauigkeit beobachtet werden müssen, wenn das Testament nicht an einer, auf keine Weise (also durch keinen außer dem Testamente

liegenden Beweiß) [1]) zu **hebenden, Nichtigkeit leiden soll.**

Es ist also durchaus nothwendig, daß in dem öffentlichen Testamente folgende Formen nicht nur pünctlich beobachtet seyen, sondern daß solche Beobachtung auch ausdrücklich in demselben von dem Notar erwähnt worden.

1. **Daß das Testament dem Notar, oder, wenn es von zwei Notaren aufgenommen wurde, beiden, in Gegenwart der nahmhaft zu machenden fähigen Zeugen, dictirt sey.**

Hieraus folgt, daß ein Testament nichtig seyn würde, in welchem, in der letzten Hypothese, der instrumentirende Notar niedergeschrieben hätte, es sey **ihm** in Gegenwart seines Collegen, dictirt.

---

1) Eben so wie auch der Beweiß der **Nichtbeobachtung** der vorgeschriebenen Formen, durch Beweißmittel, die nicht in dem Instrumente selbst liegen, unzuläßig ist. Art. 1352. C. N. Jurisprud. du Code Napoléon, T. VII. p. 416. Erkenntn. des Appellationshofs zu Brüssel, d. d. 14ten Jun. 1806. „Attendu que les formes d'un testament s'établissent par l'acte même; Qu'en admettant la preuve que le testament n'a pas été dicté, le tribunal de 1re instance a préjugé que l'on pouvoit chercher hors de l'acte la preuve de l'inobservation des formes du testament, sans recourir à l'inscription en faux . . . . la Cour dit que la preuve a été illégalement admise.“ **Pothier**, traité sur les testamens, ed. par Huttenau (Paris 1810. 8.) p. 2. Vergl. **Bauer**, Beiträge zur Charakteristik u. Critik des C. N. Abtheil. 1. S. 45.

Es mußte die Handlung des Dictirens an beide Notare gerichtet, und dieser Umstand ausdrücklich erwähnt seyn.

2. Daß es von dem instrumentirenden Notar, so wie es dictirt (tel qu'il est dicté), niedergeschrieben worden.

Obgleich es keinem Zweifel unterworfen und durch die Jurisprudenz allgemein angenommen ist, daß der instrumentirende Notar sich nicht der eignen, vielleicht provinzialen und trivialen, Ausdrücke des Testators zu bedienen nöthig habe, sondern daß es nur seine Pflicht sey, treu den Sinn der Worte (selbst wenn diese in einer andern als der Landessprache vorgebracht seyn sollten) [2]),

---

2) Erkenntniß des Appellationshofs zu Lüttich, d. d. 28sten Jul. 1806, Jurisprud. du Code civ. T. VII. p. 300, und desselben Gerichts, vom 24sten November 1806, Jurisprud. du Code civ. T. VIII. p. 60. Freilich liegt diesen Entscheidungen das französische Arrêté du Gouvernement vom 24sten Prairial XI zum Grunde, wodurch bestimmt ist, daß alle öffentlichen Acte in französischer Sprache abgefaßt werden sollten; doch scheint es mir zweifelsfrei zu seyn, daß, ob wir gleich eine ähnliche Verordnung in Westphalen nicht haben, nicht dennoch dieselbe Jurisprudenz angewendet werden müßte. Der Notar hat nur die Verpflichtung, das Testament niederzuschreiben „tel qu'il est dicté" und dieses kann, nach einer vernünftigen Erklärung, sich nur auf den Sinn, nicht auf die Worte beziehen. In diesem Sinne ist folgendes Schreiben des französischen Großrichters und Justizministers, d. d. 4 Thermidor XII, an den Generalprocurator des Appellationshofes zu Brüssel, abgefaßt: „Le Gouvernement a expressément ordonné que l'arrêté

des Testators zu Papier zu bringen: so darf dennoch dem Worte „geschrieben" nicht ein anders, (z. B. „abgefaßt," „redigirt") substituirt werden [3]). Das Gesetz will die Gewißheit haben, daß die Handlung des Schreibens von dem Notar selbst vorgenommen wurde [4]). Auch für das

du 24 Prairial an XI. seroit exécuté . . . . au surplus la loi ne met aucun obstacle à l'exécution de cet arrêté; lorsqu'elle dit, art. 972, que le testateur dictera son testament, elle ne dit point que ce sera en français. On ne peut forcer quelqu'un de parler une langue qu'il ne sait point; le Notaire est seulement tenu de rédiger le testament en langue française."

3) Ein Erkenntniß des Appellationshofs zu Riom, d. d. 17ten Mai 1810 erklärte sogar ein Testament für nichtig, weil darin statt „écrit", der Ausdruck „rédigé et mis par écrit" angewendet war. Unstreitig mit Unrecht! Bibliothéque du Barreau, 1812. N° 2. p. 171.

4) Es hat in Frankreich Rechtsgelehrte gegeben, welche behauptet haben, daß die Vorschrift der ausdrücklichen Erwähnung sich, der Natur der Sache nach, nur auf die drei Förmlichkeiten, welche, wenn ihre Beobachtung nicht durch den Notariatsact beglaubigt wurde, keine Spuren der in Hinsicht ihrer geschehenen Beobachtung nach sich ließen, zu beziehen sey, dahingegen der Umstand, ob das Testament von dem Notar geschrieben, oder nicht, sehr leicht durch Einsicht der Minute in Gewißheit gesetzt werden könne. Wozu jene Erwägung dienen solle? — Glaube man der bloßen Unterschrift des Notars, daß sie von ihm herrühre: so wäre es sehr natürlich, daß man der Schrift eines weitläuftigen Acts, welche durch ihr Daseyn zeige, daß sie von seiner Hand sey, noch eher Glauben beimessen müsse.

Doch diese Meinung ist irrig, und wird von der französischen Jurisprudenz verworfen.

Wort „dictiren" darf kein anderes, als, z. B. „eröffnen" [5]), gebraucht werden. Das Gesetz

---

Der Gesetzgeber verlangt eine Erwähnung der Beobachtung aller Förmlichkeiten, und zwar eine ausdrückliche Erwähnung. Die eigene Schrift des Notars gehört zu diesem „tout" und muß also erwähnt werden.

Auch hatte das Gesetz sehr wichtige Gründe dieses zu fordern. Die Schrift beweißt nichts, als ihr eignes Daseyn. Sie beweißt keineswegs ihren Urheber. Dieser kann nur, wenn der Intestaterbe erklärt, ihn nicht zu wissen, durch Vergleichung der unstreitigen Handschrift des Notars mit dieser nicht anerkannten herausgebracht, oder vielmehr nur wahrscheinlich gemacht werden. Und wie, wenn das Original der Notariatsurkunde verlohren ging, wenn es sich zweitausend Meilen von dem Gerichte entfernt, in Indien befindet? — Man muß hier stets bedenken, daß die Gesetze des C. N. ursprünglich für das große französische Reich gegeben wurden.

Also es ist gewiß, die ausdrückliche Erwähnung muß auch die eigene Schrift des Notars in sich begreifen. Classisch für diese Materie ist Merlin im Répert., s. v. testament, Sect. II. §. 2. Art. 4.

5) Jedoch läßt sich nicht leugnen, daß die französischen Gerichte hier oft zu weit gehen. Die Phrase: „Der Testator sagte mir, und ich schrieb nieder", scheint mir genau dasselbe, zwar nicht absolut, doch in der Aufzeichnung der Handlung des Testirens, als „der Testator dictirte mir u. s. w." auszudrucken, und dennoch erkannte der Appellationshof zu Aix, am 8ten März 1811: „que le terme dicter dont s'est servi le législateur embrasse tout à-la-fois et l'action de la personne qui prononce quelque chose mot à mot, et l'action d'une autre personne qui écrit en même tems la chose prononcée . . .; que le mot dire est bien loin d'avoir la même signification; il ne désigne qu'une simple énonciation par la parole, sans que l'action de l'écriture l'accompagne; . . . . ."

will auch hier die volle Gewißheit, daß der Testator seinen Willen **mündlich** dargethan. Nur durch ein dem Worte dictirten **völlig** synonymes Wort würde dieses allenfalls ersetzt werden können: ein jedoch unstreitig zweckloser Purismus.

3. **Daß dem Testator, in Gegenwart der Zeugen, das Testament vorgelesen sey** 6).

Nichtig wäre also ein Testament, in welchem nur, wie H. **Loiseau** es vorschlägt 7), gesagt wäre, es sey in Gegenwart der Zeugen vorgelesen, ohne des Testators zu erwähnen: ja die fran-

---

und cassirte dieserhalb das Testament. Biblioth. du Barreau 1812. N° 2. p. 127.

6) Ein Erkenntniß des Appellationshofs zu Brüssel, d. d. 12ten März 1811, hat entschieden, daß es bei dieser Vorlesung nicht auf die Beobachtung der Interpunctionszeichen ankäme. Ein Testament enthielt folgendes: „Ce fut ainsi fait, dicté et nommé par la testatrice, en présence des témoins, et écrit en entier par moi, le dit Notaire, en présence d'iceux; lu et relu à la testatrice" . . . . . hier war also die Bemerkung der Gegenwart der Zeugen, von der Bemerkung der geschehenen Vorlesung durch ein **Semicolon** getrennt, und dieserhalb das Testament als nichtig angefochten. Das Gericht entschied jedoch: „Attendu, qu' abstraction faite de la ponctuation actuellement existente, la clause présente un sens qui emporte que la lecture a été faite à la testatrice en présence des témoins; attendu que, dans ce doute, il faut adopter la clause par laquelle l'acte peut être valide." Biblioth. du Barreau 1812, N° 3. p. 267.

7) Jurisprud. T. IV. p. 53.

zösische Jurisprudenz geht so weit, die Nichtigkeit des ganzen Testamentes auszusprechen, sobald in demselben nur ein Theil, und wäre es auch nur derjenige, welcher die Widerrufung des vorigen Testamentes enthält, zu finden ist, von dem durch das Instrument selbst nicht in Gewißheit gesetzt wurde, daß er vorgelesen sey [8]).

Es kann daher nicht genug getadelt werden, wenn es deutsche Schriftsteller giebt, welche, unter dem patriotisch seynsollenden Vorwande, die französische Jurisprudenz und die Gutachten des fran=

---

8) Erkenntn. des Appellationshofes zu Douai, vom 4ten Jul. 1809. „Considérant . . . . . que cette révocation est placée après la mention de la lecture faite au testateur, en présence des témoins, des dispositions qui précèdent, sans avoir mentioné qu'il ait été donné lecture de la révocation; qu'une semblable omission frappe de nullité cette partie du testament, ce qui vicie nécessairement le surplus.“ Dieses Erkenntnis ist durch einen Ausspruch des Cassationshofs, d. d. 4ten Nov. 1811, bestätigt. Sirey, journ. de la Cour de Cass. T. XII. Cah. 2. part. I. p. 34. Einen gleichen Ausspruch that, am 8ten März 1811, der Appellationshof zu Aix: „Considérant qu'un testament se composant de toutes les dispositions dictées par le testateur, et du procès-verbal rédigé par le notaire, ne forme qu'un seul contexte; — que les formalités qui doivent l'accompagner pour une disposition devant être observées à l'égard de toutes, un vice partiel se communique à tout le testament et en invalide l'ensemble; . . .“ Bibliothèque du Barreau, 1812. N° 2. p. 129. Vergl. Jurisprudence du C. N. T. XVI. p. 5 ff.

zösischen Staatsraths 9) binden uns nicht, die deutschen Practiker über eine Theorie irreleiten, welche nicht durch die französische Jurisprudenz, sondern unmittelbar durch die Gesetze ihre Begründung erhält 10).

---

9) Staatsraths Gutachten vom 31sten Januar 1806 in Rondonneau's Supplement du C. N. p. 105.

10) Aussprüche der französischen Rechtswissenschaft über obige Behauptungen finden sich:

a) Darüber, daß ein Testament nichtig sey, weil es die ausdrückliche Erwähnung des Umstandes nicht enthält, daß es von dem Notar geschrieben wurde: Jurisprud. du C. N. T. I. p. 61, 149. 172. 189. 271. 409., T. II. p. 75. 264. 481., T. III. p. 45. 395., T. IV. p. 18. 490., T. V. p. 364., T. VI. p. 207, T. VII. p. 77. 79 83., T. VIII. p. 51., T. IX. p. 61. 136, T. X. p. 124. 391. T. XI. p. 163., T. XII. p. 147. T. XIV. p. 91.

b) Darüber, daß es nichtig sey, weil nicht ausdrücklich darin erklärt, daß es von dem Testator dictiret worden: Jurisprud. du C. N., T. III. p. 83., T. IV. p. 49., T. V. p. 365., T. VII. p. 77., T. VIII. p. 49., T. IX. p. 15[illegible].

c) Darüber, daß es nichtig sey, weil nicht ausdrücklich gesagt, daß die Vorlesung in Gegenwart der Zeugen geschehen: Jurisprud. du C. N. T. III. p. 236., T. IV. p. 48. 53., T. V. p. 74. 131. 367., T. XI. p. 141.

Mehr als hinlänglich werden diese Stellen seyn, die Jurisprudenz in dieser Hinsicht zu documentiren. Jeder Kenner derselben weiß überdem, daß man kaum eine französische juridische Zeitschrift eröffnen kann, ohne auf ein Erkenntniß zu stoßen, wodurch ein Testament, wegen einer versäumten Förmlichkeit, annullirt wurde: unbegreiflich, da man doch glauben sollte, daß so manchfaches durch ihre Unachtsamkeit veranlaßtes Unglück endlich die Notare dahin bringen müßte, bei der Aufnahme der Testamente sich richtiger Formulare zu bedienen, wenn sie nicht im Stande, die

§. 2.

Wenn nun ein Notar, nicht aus bösem Willen, sondern aus einem, freilich schwer zu entschuldigenden, Versehen, eine dieser Förmlichkeiten versäumt, und also, auf diese Weise, veranlaßt, daß das Testament für nichtig erklärt, und daher der eingesetzte Erbe oder Legatar seines Erbtheils beraubt wird: ist er dann verpflichtet, solchen dieserhalb schadlos zu halten?

Die ältere französische Jurisprudenz verneinte diese Frage gänzlich. Sie hielt dafür, daß die Notare unter diejenigen Personen zu zählen seyen, mit denen, in Bezug auf die Ausübung ihres Gewerbes, kein Miethcontract geschlossen würde, sondern die ihre Dienste gleichsam nur aus

---

Vorschriften des Gesetzes im Gedächtnisse zu behalten. Der Verf. des C. N., mis en vers français, hat die gesetzlichen Vorschriften völlig richtig wiedergegeben:

Art. 972.

„Lorsque le testament est reçu, stipulé,
Par un prémier Notaire, un second appellé,
Celui qui laisse ainsi ses volontés dernières
Dicte l'acte à tous deux, et, par l'un des Notaires,
L'acte doit être écrit, ainsi qu'il est dicté.
Si, d'un Notaire seul, l'office est imprunté,
Le testateur le dicte, ainsi qu'il le désire,
Et ce Notaire doit également l'écrire.
Dans l'un est l'autre cas, c'est un soin consacré,
De le lire à l'auteur, des témoins entouré.
Du tout l'acte contient la mention expresse."

Das Auswendiglernen dieser Verse könnte vieles Unglück verhüten.

Gefälligkeit (beneficii loco) erwiesen, und daher auch keinen Lohn, sondern nur ein Honorarium erhielten. Solche Personen könnten aber nur dann zum Schadensersatze verpflichtet werden, wenn sie sich entweder eines Betruges oder einer diesem gleichzuachtenden groben Fahrlässigkeit zu Schulden kommen ließen [11]).

Diese, allerdings sehr liberalen, Grundsätze, (bei denen sich jedoch die Parteien äußerst schlecht standen) und von denen man nicht sagen kann, daß sie von dem römischen Rechte, in Bezug auf die Tabellionen, gebilligt gewesen wären [12]), waren dermaaßen ohne Zweifel, daß sie zu einer förmlichen Rechtsregel wurden.

---

11) L. 1. D. si mensor falsum modum dixerit. „Ideo autem hanc actionem (Praetor) proposuit, quia non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi: et id, quod datur, et inde honorarium appellari . . . . Haec actio dolum malum dumtaxat exigit: visum est enim, satis abunde coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur ejus hominis, qui civiliter obligatus est. Proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet, qui eum adhibuit: sed etsi negligenter aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur."

12) Vergl. L. 29. Cod. de test . . . . . „Scituris et tabellionibus, et his qui conficienda testamenta procurant, quod si aliter (als vom Gesetze vorgeschrieben) facere ausi fuerint, poenam falsitatis non evitabunt, quasi dolose in tam necessaria causa versati."

Die ältere französische Jurisprudenz enthält hierüber eine große Menge Beweise [13]).

Erst in neuern Zeiten findet man einige Abweichungen von dieser Jurisprudenz. So verurtheilte, z. B., das Parlament zu Paris, am 22sten December 1779, einen Notar, der einen nichtigen Kaufcontract aufgenommen hatte, zu einer Entschädigung von 200 Livres [14]).

Ob nun gleich die französische Notariatsordnung diese bisherige, in der That nicht zu rechtfertigende, Sicherheit der Notare (und, fast auf eine gleiche Weise, der Procuratoren und Huissiers) stöhrte [15]); so findet sich doch, wahrscheinlich weil jene Verordnung nur einzelne Fälle zum Vorwurf hat, nirgend aber im Allgemeinen den Notaren

---

13) Erkenntn. des Parlaments zu Paris, d. d. 7ten Jul. 1575, und vom 16ten Febr. 1617. (Bei Brodeau, jurispr. des arrêts.) Denissart, s. v. testament. Erkenntn. des Parlaments zu Paris, d. d. 7ten August 1759, wodurch ein Notar sogar von aller zu leistenden Entschädigung frei gesprochen wurde, ob gleich er das für nichtig erklärte Testament außer der Gegenwart aller Zeugen aufgenommen hatte.
Eine große Menge, den obigen Grundsatz der ältern französischen Jurisprudenz beweisender Erkenntnisse s. bei Merlin, rép. s. v. Nullite. §. V.

14) Merlin, l. c. T. VIII. p. 629.

15) Gesetz vom 25sten Ventose XI. (sur l'organisation du Notariat) Art. 16. „Il ne doit y avoir de surcharge, ni interligne, ni addition dans le corps de l'acte . . . . le tout à peine d'une amende de cinquante francs contre le notaire, ainsi que de tous dommages et interêts."

eine Garantie ihrer Acte aufbürdet, auch in der neusten französischen Jurisprudenz keine bedeutende Abweichung von jenen ältern Grundsätzen [16]). Nur dann verurtheilt die neue französische Rechtsprechung den Notar zum Ersatz des durch einen nichtigen Act, ohne daß Betrug im Spiele wäre, angerichteten Schaden, wenn das Versehen desselben grob und gar nicht zu entschuldigen ist [17]).

---

16) Ein Beweiß hiervon findet sich in der Jurisprud. du Code civil, T. V. p. 129. Ein Testament, welches sich endigte: „fait et dicté par le testateur, écrit en entier par le notaire, et a été lu et relu au même testateur, qui a déclaré que sa volonté est telle“ wurde, von dem Tribunale zu Neufchatel, für nichtig erklärt, und der Notar von der gegen ihn angestellten Garantieklage entbunden. Im Appellatorio setzte der Kläger die Klage gegen den Notar nicht fort. In der Hauptsache wurde das vorige Urtheil durch ein Erkenntniß des Appellationshofes zu Nancy bestätigt.

17) Erkenntn. des Appellationshofs zu Colmar, d. d. 4ten Jul. 1809. „Attendu qu'en thèse générale les notaires ne sont responsables que lorsqu'ils ont usé de dol ou de fraude dans la passation de leurs actes; mais l'ignorance crasse, la lourde faute du notaire sont toujours équiparées au dol; or au cas particulier la faute commise par le notaire M.., est inexcusable; la disposition de l'art. 972 du C. N. est claire et précise; les termes sont exprés; le notaire n'a pu l'ignorer, parce que cette loi existe deja depuis 5. à 6 ans: c'est donc par une faute grossière de sa part, que le testament a été dans le cas d'être annullé, et qu'ainsi les intimés ont été privés du benefice d'icelui; il est donc responsable envers eux . . . . . .“ Jurisprudence du C. N. T. XIII. p. 186.

Ganz verschieden von jenen Grundsätzen müssen jedoch unstreitig die Entscheidungen, in dieser Materie, in Westphalen ausfallen. Unsere Notariatsordnung sagt mit der größten Bestimmtheit Art. 102:

„Allemahl bleiben die Notarien verpflichtet, die Parteien nicht nur wegen des Nachtheils, welcher für sie aus der gänzlichen Ungültigkeit der Urkunde, oder bloß aus dem Verluste der Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde, indem sie nur die Kraft eines Privatinstruments behalten hat, entstanden ist, oder entstehen könnte, sondern auch wegen der durch die Aufnahme der Urkunde selbst ihnen verursachten Kosten vollständig zu entschädigen."

Es ist unmöglich, mit nur einiger Wahrscheinlichkeit der Wahrheit, behaupten zu wollen, daß diese gesetzliche Bestimmung nur den Dolus des Notars vor Augen habe. Er ist, und zwar sehr mit Recht, im Allgemeinen für die Gültigkeit seiner Acte, in Hinsicht ihrer Form, verantwortlich gemacht. Darüber aber, daß unter dem Ausdrucke „Parteien", wenn von einem nichtigen Testamente die Rede ist, auch die eingesetzten Erben und Legatarien zu verstehen seyen, kann unmöglich ein ernsthafter Streit entstehen. Wer sollten denn sonst die Parteien seyn? — Etwan die, bei der Nichtigkeit des Testaments, die Rechte des Verstorbenen fortsetzenden Intestaterben, denen eben

daran gelegen seyn muß, daß das Testament für nichtig erklärt werde? — Diese Behauptung würde mehr als lächerlich seyn.

Auch im hohen Grade zweckmäßig ist diese westphälische Gesetzgebung. Welche Garantie hätten ohne sie die Staatsbürger, in Hinsicht der Ausübung ihres ihnen durch die Gesetze zugebilligten Rechts, über ihr Vermögen noch nach ihrem Tode verfügen zu können? — Stände es nicht in der Gewalt eines Notars, den Willen des Erblassers zu vereiteln, und die Erbschaft den Intestaterben zuzuspielen?

§. 3.

Sobald es nun in Westphalen zweifellos ist, daß der Notar der Garant aller Nichtigkeiten sey, deren er sich, in den von ihm aufgenommenen Urkunden, in Hinsicht der Form [18]), hat zu Schulden kommen lassen: so ist es auch eben so unbedenklich, daß gegen ihn die Klage auf Gewährleistung (Litisdenunciation) angestellt werden

18) Natürlich nicht in Hinsicht des materiellen Inhalts. Dieser hängt lediglich vom Testator ab. Wird daher, z. B., eine Erbeinsetzung nichtig, weil dem eingesetzten Erben die Verpflichtung auferlegt wurde die Erbschaft einem Dritten auszuhändigen oder zu hinterlassen: so ist dieser Fehler dem Erblasser selbst zuzuschreiben. Der Notar durfte höchstens Vorstellungen machen.

könne [19]). Was für einen Vortheil würde es dem Notar gewähren, zu verlangen, daß er nicht eher in Anspruch genommen zu werden vermöge, als bis der angefochtene Act wirklich für nichtig erklärt sey? — Sollte diese Nichtigerklärung, so in einem Processe, in welchem er nicht verflochten war, Statt hatte, gegen die allgemeine Regel, auch gegen ihn, Wirkung äußern: dann würde er mit Recht behaupten können: er sey nicht gehört, und, wäre dieses geschehen, so hätte das Urtheil auf eine andere Art ausfallen können; sollte aber nunmehr noch ein zweiter Proceß gegen ihn Statt haben; dann würde nicht nur dessen Resultat anders, als das des ersten, auszufallen vermögen (da denn die benachtheiligte Partei ohne Entschädigung bliebe); sondern, auf jeden Fall, würden nun stets zwei Rechtsstreite, statt eines, nothwendig werden.

Unendlich natürlicher, und den bestehenden Rechten angemessener, ist es also, zu behaupten: daß der Notar verpflichtet sey, sich auf eine gegen ihn auf Gewährleistung angestellte Klage einzulassen, sobald der von dem Gesetze verordnete Güteversuch vor der Notariatscammer vergeblich ablief.

Kaum bedarf es übrigens einer Bemerkung,

---

19) Vergl. Fr. Heinrichs v. Strombeck Handbuch des Westph. Pr. Thl. II. S. 113.

daß der Art. 89, der westphälischen Notariatsordnung, welcher den königlichen Procuratoren das Recht beilegt, auf Absetzung, Suspension, Geldbußen und Schadensersatz gegen die Notare anzutragen, nur die öffentliche Klage zum Vorwurfe habe, welche die den Parteien zustehende Privatklage nicht ausschließen kann.

Obige Grundsätze sind von der zweiten Section des Appellationshofes, am 4ten April 1812, in Sachen der Mellinschen Erben und des Districts-Notars Brandis zu Hildesheim gegen Josepha Ernst verehlichte Wolf, zu Sorsum, zur Anwendung gebracht.

Der gedachte Notar hatte am 11ten December 1809 ein Testament des Amtmanns Bernhardus Mellin zu Hildesheim aufgenommen, worin dieser die letzte zur Erbinn seines sämmtlichen Nachlasses eingesetzt hatte.

Es lautete dieses Testament, in Betreff der hier zur Frage kommenden Stellen, folgendermaaßen:

„Geschehen, Hildesheim . . . . Es hat der Herr Amtmann und Klosterverwalter Bernhardus Mellin mich unterschriebenen Districtsnotar . . . . requiriren lassen, mich diesen Morgen nach seiner Wohnung zu verfügen und sein Testament aufzunehmen. Ich habe daher die hiesigen Einwohner, Bürger u. s. w. . . . . . . als Zeugen requirirt und mich mit sol-

chen hieher verfügt. Wir fanden den Herrn Amtmann und Verwalter Bernhard Mellin auf seinem Wohnzimmer . . . . . . Der Herr Amtmann erklärte . . . und wiederholte sein Gesuch, sein Testament aufzunehmen. Diesem nach dictirte mir derselbe:

Ich nenne mich Bernhardus Mellin . .

. . . .

Nachdem nun vorstehendes Protocoll dem Herrn Testator . . . . deutlich und langsam vorgelesen, genehmigte derselbe den Inhalt durchgängig, und unterschrieb solches nachstehend:

„Bernhard Mellin"

eigenhändig, welchemnach die gegenwärtigen Herren Zeugen ihre Nahmen gleichfalls nachstehend . . . . eigenhändig unterschrieben.

Diese geschehene Vorlesung und Genehmigung und eigenhändige Unterschrift des Herrn Amtmanns . . . . . und der Zeugen . . . . attestirt . . . .

Conrad Friedrich Brandis,
Districts-Notar, eigenhändig."

Dieses Testament wurde von den Intestaterben deßwegen als nichtig angegriffen, weil mehrere Förmlichkeiten in demselben nicht beobachtet wären. Sie behaupteten nämlich, es sey in dem Testamente nicht ausdrücklich erwähnt, daß der instrumentirende Notar solches eigen-

händig niedergeschrieben habe, und daß es dem Testator in Gegenwart der Zeugen vorgelesen sey. Ferner sey auch aus demselben nicht ersichtlich, daß die Zeugen, nach Maaßgabe des Art. 980 des C. N., volljährig und im Genusse der bürgerlichen Rechte gewesen [20]. Sie, die Kläger, wären die nächsten Intestaterben des verstorbenen Mellin, und wäre daher die Verklagte schuldig, die im Besitz habende Erbschaft, mit den erhobenen Nutzungen, an sie, bei der Richtigkeit des Testaments, herauszugeben.

Die Verklagte hingegen behauptete die Gültigkeit des Testaments, wobei für sie angeführt wurde: es würde ein offenbarer Pleonasmus gewesen seyn, wenn der Notar gesagt hätte: „er dictirte mir und ich schrieb nieder," weil in den Worten „dictirte mir" schon die vorgeschriebene Erwähnung des eigenhändigen Niederschreibens deutlich, und ausdrücklich, enthalten sey. Ebenfalls sey der Gegenwart der Zeugen bei der Vorlesung ausdrücklich erwähnt worden, indem es in dem Testamente heiße: die gegenwärtigen Zeugen unterschrieben ihre Nahmen gleichfalls nachstehend eigenhändig. Daß die Zeugen sich bei ihrer eignen Unterschrift gegenwärtig befunden, hätte sich von

20) Diese Einrede ist in der Appellationsinstanz nicht ferner zur Sprache gekommen.

selbst verstanden; sollte daher die Erwähnung der Gegenwart derselben einen vernünftigen Zweck gehabt haben, so müsse die Absicht des Notars gewesen seyn, durch jene Anführung die Gegenwart der Zeugen bei dem ganzen Acte beurkunden zu wollen. Ohnehin ergebe der ganze Aufsatz diese beständige Gegenwart der Zeugen, welche sich mit dem Notar nach dem Testator verfügten, sich mit ihm unterhielten und bis zur Vollendung des Geschäfts gegenwärtig blieben. In dem C. N. sey keine Form vorgeschrieben, auf welche Weise jene Erwähnung geschehen solle, und müßten daher die im vorliegenden Falle gebrauchten Ausdrücke, welche sowohl das Dictiren des Testators, als das eigenhändige Niederschreiben des Testaments durch den Notar und die Gegenwart der Zeugen bei dem ganzen Acte, und nahmentlich bei der Vorlesung, für jeden, welcher der deutschen Sprache mächtig, nach einer gesunden Logik, außer Zweifel setzten, zum Beweise der Beobachtung der vorgeschriebenen Form genügen. Es müsse hierbei um so mehr die gelindeste Meinung angenommen werden, als sich theils in Westphalen, bei einer ganz neuen Form der Testamente, noch keine Praxis gebildet habe, wonach deren Gültigkeit, in so subtilen Fällen, beurtheilt werden könne, und da theils die mit Genehmigung des Gouvernements gedruckte, und von so vielen königlichen Procuratoren empfohlene, Instruc-

tion über das Notariatswesen bei dem fraglichen Testamente (dessen Abfassung ohnehin ganz in den Anfang des neuen Notariatinstituts fiele) beobachtet worden [21].

21) Dieses Werk führt den Titel: Instruction sur le Notariat. 2 Vol. Cassel 1809, ist mit einer gegenüberstehenden deutschen Uebersetzung versehen, und führt, am Anfange die Bemerkung „avec approbation du Gouvernement," welche Bemerkung sich jedoch unstreitig lediglich auf das erhaltene Druckprivilegium bezieht, wodurch nie die Richtigkeit des Inhalts eines Werkes garantiret, oder auch nur solches empfohlen wird. Das Formular zu einem öffentlichen Testamente befindet sich im 2ten Theile S. 205. Es fehlt darin allerdings die Erwähnung der eigenhändigen Schrift des Notars und der Vorlesung des Testaments in Gegenwart der Zeugen, denn es heiße darin lediglich: „Lequel (le testateur) . . . . à dicté aux notaires soussignés son testament ainsi qu'il suit:" . . . . . und am Ende „Ce fut fait et dicté au Notaire soussigné, par le testateur, qui a déclaré le bien comprendre et le trouver conforme à ses intentions": und so kann denn freilich nicht daran gezweifelt werden, daß ein nach diesem Formulare abgefaßtes Testament nichtig sey. Es ist jedoch von dem Verfasser alles geschehen, was billiger Weise von ihm erwartet werden konnte, um diesen Irrthum (der wahrscheinlich dadurch entstanden, daß bei der Abfassung dieses Formulars ein älteres, vor dem Code Napoléon erschienenes Werk zu Rathe gezogen) so schnell als möglich gut zu machen. Kurz nach der Bekanntmachung jener Instruction erschienen, in einzelnen Heften, von ihm „Questions et Reponses pour faire suite à l'instruction sur le Notariat" und hieß es in denselben ausdrücklich:

Question: suffit-il, pour la validité d'un testament par acte public, qu'il soit écrit, par le Notaire, signé de lui, du testateur, des témoins et du Notaire en second?

Réponse: Non. Dans un testament tout est de

Darüber, daß die Zeugen nicht volljährig und nicht im Genusse der bürgerlichen Rechte gewesen wären, würde Beweiß erwartet; letzteres sey ohnehin im Testamente deutlich erwähnt (die Zeugen waren Bürger genannt), ungeachtet die Erwähnung der bemerkten Eigenschaft nirgend vorgeschrieben sey [22].

---

rigeur, et les formalités, plus étendues que celles des autres actes, doivent aussi être plus scrupuleusement observées, ainsi que nous l'avons fait remarquer pag. 10. 1er Vol. et pages 180 et 208 du sesond. Il faut non-seulement que le testament authentique soit reçu par deux Notaires . . . . . . ; mais il faut encore qu'il soit fait mention expresse qu'il a été dicté par le testateur, écrit par le Notaire, lu par lui, en présence du Notaire en second et des témoins, au testateur." Hierdurch war also unstreitig alles geschehen, was von einem Schriftsteller erwartet werden kann, der die Pflicht hat, einen begangenen Irrthum zu berichtigen.

Uebrigens ist es eine heilige Pflicht aller Notare (wozu ich sie hiedurch dringend auffordere), in sofern sie Testamente noch lebender Personen nichtig aufgenommen haben, solches diesen anzuzeigen, und sich zu erbiethen, unentgeldlich neue abfassen zu wollen. Nur hierdurch können sie der auf ihnen lastenden Verantwortlichkeit entgehen.

22) Der Art. 980. C. N. verordnet: „Die Zeugen, welche bei einem Testamente gegenwärtig zu seyn aufgefordert werden, müssen männlichen Geschlechts, volljährig, Unterthanen des Königs (Kaysers) und im Genusse der bürgerlichen Rechte seyn."

Die ausdrückliche Erwähnung der Erfüllung dieser Bedingung ist weder im Art. 972. C. N. noch an einer andern Stelle dieses Gesetzbuchs vorgeschrieben, und daher, nach dem C. N., für nicht nothwendig zu

Sollte jedoch das Testament, aller dieser Gründe ungeachtet, annullirt werden: so sey der

---

halten. Wenn hingegen das französische Gesetz vom 25sten Ventose XI, Art. 9 und 11, vorschreibt: „Les actes seront reçus par deux notaires, ou par un notaire assisté de deux témoins, citoyens français, sachant signer et domiciliés dans l'arrondissement communal ou l'acte sera reçu; — Tous les actes doivent énoncer le nom et lieu de résidence du notaire qui les reçoit . . . . . des témoins instrumentaires, leur demeure . . . .“ (welche Vorschriften ebenfalls in der westphälischen Notariatsordnung, Art. 58 und 62, mit den Abänderungen, daß statt „citoyens“ — „jouissant des droits civils“ gesetzt ist, und daß bei den Zeugen auch die Vornahmen und das Gewerbe oder Stand ausgedruckt seyn müssen): so läßt sich, wenigstens nach der französischen Jurisprudenz, zwar nicht behaupten, daß die Testamentszeugen alle hier ausgedruckte, und im C. N. nicht bemerkte Eigenschaften haben müßten: „Attendu que les formes des testamens sont réglés par le C. N.; qui contient une disposition particulière en ce qui concerne les qualités des témoins testamentaires; de sorte que les dispositions de la loi du 25 Ventose an XI, sur le Notariat, n'y sont point applicables.“ (Erkenntn. des Appellationshofes zu Brüssel, d. d. 13ten Febr. 1808. Jurispr. de C. N. T. XI. p. 155): jedoch zweifle ich nicht daran, daß ein Testament, in Hinsicht der Form, auch als Notariatsact gültig seyn müsse. Nach meiner festen Ueberzeugung hat also ein Notar bei einem Testamente 1) alle in der Notariatsordnung vorgeschriebenen Formen, und dann 2) auch die speciellen, im C. N. bei der Lehre von den Testamenten vorgeschriebenen, zu beobachten. (Wo jedoch jene Gesetze nicht gelten, und ähnliche sie nicht ersetzen, kann natürlich lediglich von den im C. N. vorgeschriebenen Formen die Rede seyn.) Die französische Jurisprudenz nimmt jedoch diese Grundsätze nicht überall an. Erkenntn. des Appellationshofs zu Turin, d. d. 14ten März 1807. Jurispr. du C. N. T. XI. p. 172.

instrumentiret habende Notar schuldig, die Verklagte (welche nun als Litisdenunciantinn auftrat) vollständig zu entschädigen, da die Nichtigkeit des Testaments dessen Werk seyn würde.

Der Litisdenunciat, H. Districtsnotar Brandis, verweigerte die Vertretung nicht; glaubte jedoch nicht, auf Schadloshaltung, besonders nicht auf die geschehene Weise, in Anspruch genommen werden zu können. Es dürfe dieser Anspruch mit der Hauptsache nicht cumulirt werden, da eine förmliche Gewährleistung hier nicht Statt fände, indem keine Uebertragung eines Eigenthums, einer Hypothek, oder eines andern Rechts, von Seiten des instrumentirenden Notars, in Frage käme: sondern da lediglich ein angebliches Versehen desselben gerügt werde, wodurch die Litisdenunciantinn angeblich Schaden leide. Es könne mithin höchstens eine besondere Klage auf Schadloshaltung, nach beendigtem Processe, angebracht, und hier nur die allenfallsige Zuständigkeit der Litisdenunciantinn vorbehalten werden.

Uebrigens suchte er ebenfalls darzuthun, daß das Testament rechtsbeständig sey; wobei er jedoch behauptete, daß selbst in dem nicht denklichen Falle, daß das Testament annullirt werden könnte, dennoch von seiner Seite keine Verpflichtung auf Schadensersatz vorhanden wäre.

Der Natur der Sache nach könne hier nicht

von einem erlittenen Schaden, sondern lediglich von einem entbehrten Gewinne die Rede seyn. Diesen Gewinn könne die Litisdenunciantinn aber doch nur aus einem gültigen letzten Willen erhalten: es müsse daher erst die Frage erörtert werden, ob ein gültiger letzter Wille vorhanden sey, oder nicht. — Wenn dieß letztere der Fall wäre: so fehle der Litisdenunciantinn jeder Titel etwas zu verlangen. Wollte sie hingegen ihre Ansprüche auf den Art. 182. der Notariatsordnung gründen; so stehe ihr entgegen, daß das Gesetz nicht von Interessenten, sondern von Parteien rede, welche von den Notaren entschädigt werden sollten. Ein Testament sey ein einseitiges Rechtsgeschäft, und die einzige dabei vorkommende Partei der Testator. Er würde durch den Erben fortgesetzt: dieser allein hätte also ein Recht, wegen einer versäumten Förmlichkeit den Notar in Anspruch zu nehmen. Sey hier kein Testament vorhanden (weil das verfertigte nichtig sey), so existiren auch keine Testaments- sondern nur gesetzliche Erben: diese könnten also nur, als Fortsetzer der Rechte des Verstorbenen, berechtigt seyn, Klagen anzustellen, die dieser selbst anzustellen berechtigt gewesen wäre.

Auf jeden Fall wäre von ihm, dem Notar, kein Dolus begangen: er habe bei der Abfassung des von ihm aufgenommenen Testaments sich nach einer Instruction gerichtet, welche die

Worte: „mit Genehmigung des Gouvernements" an ihrer Spitze trüge, welche überdem von den königlichen Procuratoren den damahls erst neu angesetzten Notaren empfohlen wäre. Er habe geglaubt, weder in jene Empfehlung, noch in jene Worte Zweifel setzen zu dürfen. Wie hart es seyn würde, wenn er jetzt dadurch einen bedeutenden Schaden leiden solle, weil er ein Formular jener für officiell gehaltenen Instruction wörtlich befolgt habe! — (In der Appellationsinstanz, in welcher die Parteien obige Vorträge wiederholten, setzte der Litisdenunciat hinzu: Sollten alle Notare, welche den von ihnen aufgenommenen Testamenten die angegriffene Form gegeben hätten, in dem Falle, daß sie für nichtig erklärt werden müßten, den eingesetzten Erben den entbehrten Gewinn vergüten; so würde die Pluralität der westphälischen Notare unstreitig bonis cediren müssen; da, so viel ihm bekannt, jene Instruction anfangs überall wörtlich befolgt sey. Welch eine Härte gegen die irregeführten Notare dieses seyn würde?)

Das Tribunal zu Hildesheim erließ hierauf am 16ten Julius 1811 folgendes Erkenntniß:

Das Tribunal:

Nach Ansicht des von dem Districtsnotar Brandis am 11ten Dec. 1809 aufgenommenen Testaments des weyland Amtmanns Mellin; des 972sten, 1001sten und 1382sten Artikels des Ge-

setzbuchs Napoleons; der Notariatsordnung vom 17ten Februar 1809, Art. 102; und der bürgerlichen Proceßordnung, Art. 126 bis 135; nach Anhörung des königlichen Procurators;

In Erwägung, daß, soviel die Hauptsache betrifft:

1) Der instrumentirende Notar zwar in dem über die letzte Willenserklärung des weyland Amtmanns Mellin gefertigten Aufsatze sich des Ausdrucks bedient hat: „daß ihm der Testator dictirt habe", jedoch ohne daß dabei zugleich bemerkt worden: daß er, der Notar, diese ihm dictirte Willensmeinung niedergeschrieben; daß aber gleichwohl

2) Der Code Napoleon, in dem allegirten 972sten Artikel, vorschreibt, nicht nur, daß der Testator seinen letzten Willen vorsagen, sondern, daß der Notar denselben auch niederschreiben solle, und daß, nach dem 1001sten Artikel des nämlichen Gesetzbuches, es nicht hinreicht, wenn dies wirklich geschehen, und es im Leugnungsfalle zu erweisen, oder daß es implicite in dem von dem Notar aufgenommenen Aufsatze enthalten ist, indem die Beobachtung dieser Formalien ausdrücklich und bei Strafe der Nichtigkeit darin erwähnt werden muß; daß sodann

3) Durch den Ausdruck: „daß der Testator dem instrumentirenden Notar dictirt habe", keineswegs nothwendig die von dem letzteren ge-

schehene Handlung des Niederschreibens mitbegriffen und bezeichnet wird, indem sowohl in der deutschen als in der französischen Sprache der grammatische Sinn des Worts: Dictiren nur die Handlung eines Menschen bezeichnet, der die von ihm zum Schreiben bestimmten Worte Andern vorsagt, und daß daher aus dem Vorsagen zum Niederschreiben nicht die Vollziehung des letzteren folgt; indem, zum Beispiel, alle öffentliche Lehrer nicht selten ihren sämmtlichen Schülern gewisse Sätze dictiren, die nur ein Theil derselben niederschreibt [23]); und daß

4) Der so eben bemerkte Sinn des Worts: Dictiren sich durch das Gesetz selbst begründet, indem, nach dem allegirten 972sten Artikel des Code Napoleon, bei der Aufnahme eines Testaments durch zwei Notarien der Testator beiden Notarien dictiren, gleichwohl aber nur einer das-

---

23) Merlin, in einer vor dem französischen Cassationshofe gehaltenen, im Rép. l. c. mitgetheilten Rede, bedient sich desselben Gleichnisses, um dasselbe zu beweisen. „La définition de l'académie française (prononcer mot-à-mot ce qu'un autre écrit en même tems) n'est pas rigoureusement exacte. Il peut arriver qu'une personne dicte, et que nulle autre n'écrive. Un professeur dicte quelque fois à ses écoliers des thêmes que ceux-ci, n'écrivent pas. L'académie aurait donc parlé avec plus de justesse, si elle eut dit: dicter c'est prononcer mot-à-mot ce qu'on destine à être écrit en même tems par un autre.“

jenige, was beiden dictirt ist, niederschreiben soll, woraus nothwendig folgt, daß ein Testator jemand dictiren kann, ohne daß der, welchem er dictirt, wirklich niederschreibe; daß wenn

5) Dieser grammatische Sinn des Worts: **Dictiren**, der gesetzlichen Bedeutung nicht gleichgehalten, sondern angenommen wird, daß das Dictiren des letzten Willens, abseiten eines Testators nur eine deutliche Erklärung seiner Meinung bezeichnen soll, indem der instrumentirende Notar sonst verpflichtet seyn würde, nicht nur jede Sprachunrichtigkeit eines ungebildeten Testators, sondern sogar den plattdeutschen oder sonstigen falschen Dialect desselben zu Papier zu bringen; bey dieser Behauptung, noch weniger aus dem bloßen Act der Willenserklärung abseiten des Testirenden, auf die Handlung des Niederschreibens von Seiten des Notars eine bindende Schlußfolge gezogen werden kann; daß endlich

6) Das am Schlusse des ganzen Aufsatzes bei der Unterschrift des instrumentirenden Notars gesetzte Wort: „**eigenhändig**" nicht die Stelle der in dem Aufsatze selbst zu machenden ausdrücklichen Erwähnung des Niederschreibens vertreten kann, weil sich dieses Wort nicht in dem Aufsatze selbst, sondern ganz außerhalb desselben, hinter der Namensunterschrift des Notars, befindet und höchstens nur diese, nicht aber den ganzen Act des ei-

genhändigen Niederschreibens der fraglichen letzten Willenserklärung bekunden kann [24]); in fernerer Erwägung, daß

7) Der instrumentirende Notar zwar dem Testator das niedergeschriebene Testament vorgelesen, und erwähnt hat, daß solches von demselben genehmigt worden, ohne jedoch dabei zu bemerken, daß diese Vorlesung in Gegenwart der zugezogenen Zeugen geschehen sey, und daß dadurch den allegirten Artikeln des Code Napoleon entgegen gehandelt worden, nach welchen, bei Strafe der Nichtigkeit, nicht nur die Vorlesung in Gegenwart der Zeugen geschehen, sondern derselben auch ausdrücklich erwähnt werden muß; daß aber

8) Bei dieser Vorschrift einer ausdrücklichen Erwähnung der geschehenen Vorlesung in Gegenwart der Zeugen, eine Schlußfolgerung, aus dem ganzen Zusammenhange des Aufsatzes, auf die Ge-

---

24) Die Strenge der französischen Jurisprudenz geht hier noch weiter, und nimmt sogar an: „Un testament dont on veut induire la mention qu'il a été écrit par le Notaire, des mots „fait et lu" à la testatrice par moi „Notaire recevant"... et du mot „dicté" n'est pas valable." Erkenntn. des Appellationshofes zu Turin, d. d. 4ten März 1806. Jurispr. du Code civil. T. VII. p. 79. — Nur dann kann man annehmen, daß das Wort „geschrieben" vollkommen gültig durch eine Phrase wiedergegeben sey, wenn diese mit Ricard und Merlin zu reden, adaequate et identice dieselbe Idee ausdruckt; z. B. wenn der Notar geschrieben hätte: „Es rühre der ganze Aufsatz von seiner eignen Hand her."

genwart der Zeugen bei der Vorlesung des Testaments (woraus immer nur eine implicite geschehene Erwähnung dieser Gegenwart hervorgehen würde), die Stelle dieser, mit ausdrücklichen Worten zu machenden, Vermerkung nicht vertreten kann 25); daß sodann

9) Wenn auch der Gesetzgeber keine Formel vorgeschrieben hat, mit welcher die Beobachtung dieser gesetzlichen Erfordernisse erwähnt werden soll, doch die von dem Notar gebrauchten Worte natürlich und ohne Zwang solches ergeben müssen, wenn behauptet wird, daß damit die vorschrifts=

---

25) Es befolgte hier das Tribunal zu Hildesheim vollkommen die französische Jurisprudenz, so wie sie, ohne Ausnahme, durch die Obergerichte Frankreichs ausgesprochen wird. Erkenntn. des Appellationshofes zu Aix vom 31sten März 1806. „Considérant que le testament porte: après quoi nous Notaire lui avons fait lecture de son présent testament en entier, dont acte requis et concedé; que l'on n'apperçoit là qu'une lecture à la testatrice, sans aucune mention de la présence des témoins;

Qu'on lit ensuite: fait et publié à Marseille... en présence de... témoins, après lecture .....;

Que ces mots: fait et publié etc...., sont la cloture de l'acte: que la mention de la présence des témoins au commencement de l'acte et à la fin, ne peuvent jamais suppléer la mention de leur présence à la lecture à la testatrice, dont la mention expresse est rigoureusement exigée par la loi .....“

Jurispr. du Code civil, T. VII. p. 70 seqq.

mäßige Erwähnung auf eine genügende Weise ausgesprochen sey; daß inzwischen

10) Dieses in dem streitigen Aufsatze nicht der Fall ist, indem aus den am Ende gebrauchten Worten:

„welchemnach die gegenwärtigen Herren Zeu-
„gen ihre Namen gleichfalls nachstehend ei-
„genhändig unterschrieben,"

um so weniger eine ausdrückliche Erwähnung ihrer Gegenwart bei dem Acte der Vorlesung gefolgert werden kann, als durch das Wort: „welchemnach" die vorgängige Vollendung des Acts der Vorlesung und Genehmigung des Testaments, unzweifelhaft ausgedrückt wird, und daher das den Zeugen gegebene Prädicat: gegenwärtig nur auf den Act der mit dem Notar gleichzeitig und in Gegenwart des Testators geschehenen Unterschrift des Testaments bezogen werden kann;

In weiterer Erwägung, und soviel die gegen den Districts-Notar Brandis angestellte Regreßklage betrifft, daß

11) Schon im Allgemeinen nach dem Code Napoleon, Art. 1383, feststeht, daß jeder für den durch seine Nachläßigkeit oder Unvorsichtigkeit veranlaßten Schaden verantwortlich bleibt und daß das Wort: Schaden, in der weitern Bedeutung, sowohl damnum emergens als das lucrum cessans unter sich begreift; daß

12) In der oben allegirten Notariatsord-

nung diese allgemeine Verbindlichkeit insbesondere den königlichen Notarien, Hinsichts der Richtigkeit der von ihnen aufgenommenen Urkunden, auferlegt ist; sie mögen bei deren Aufnahme eine gesetzliche Vorschrift übertreten, oder eine wesentliche Förmlichkeit vernachläßiget haben; daß

13) Unter dem Ausdrucke: „Parteien", dessen sich die Notariatsordnung bedient, nicht bloß die wirklich vor dem Notar handelnden Personen, sondern alle diejenigen verstanden werden müssen, für die durch den Notariatsact ein gewisses Recht erworben werden soll, indem widrigenfalls der Notar die Förmlichkeiten aller derjenigen Urkunden, in welchen einseitig Verbindlichkeiten übernommen und correspective Rechte festgestellt werden können, nicht zu vertreten haben würde, auch eine Ausnahme von der in dem Code Napoleon enthaltenen Regel und von der allgemein ausgesprochenen Entschädigungsverbindlichkeit der Notarien, ohne allen denkbaren Grund, und ohne irgend eine in der Notariatsordnung sonst liegende Veranlassung, angenommen und festgestellt werden müßte;

In endlicher Erwägung, daß

14) Die bürgerliche Proceßordnung, Art. 126, die Aufforderung zur Gewährleistung nicht nur zum Zweck einer simultanischen Verhandlung über die Hauptsache und die Vertretungsverbind-

lichkeit, sondern, Art. 135, ein gemeinschaftliches Erkenntniß über beide verstattet, sobald sie in der Lage sind, zugleich entschieden zu werden;

Erklärt:

das von dem Districts-Notar Brandis am 11ten Dec. 1809 aufgenommene Testament des weyland Amtmanns Bernard Mellin für nichtig; und

Verurtheilt:

die Verklagtinn, den Nachlaß des gedachten Mellin, sammt den von Zeit der behändigten Klage erhobenen Nutzungen, den klagenden Intestaterben, zu dem ihnen gebührenden Antheil, herauszugeben, und ihnen die Kosten des Processes zu erstatten;

den Districts-Notar Brandis aber, die Verklagtinn und Litisdenunciantinn in dieser Rücksicht vollständig zu entschädigen und die Kosten der Litisdenunciation derselben zu vergüten.

Dieses Erkenntniß ist von der zweiten Section des Appellationshofes gänzlich bestätigt worden, obgleich der H. Procurator Müller mit einer lobenswerthen Beredsamkeit Alles anwandte, das in Frage stehende Testament aufrecht zu erhalten.

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht folgender gesetzlichen Texte:

Der Art. 40. N° 3, 89, 102 der Notariatsordnung, imgleichen der Art. 971 bis 975 und 1383 des C. N.;

In Erwägung, daß sowohl aus der Natur der Sache, als aus den römischen Gesetzen (L. 29. Cod. de testament.) und den bestimmten Dispositionen der Notariatsordnung hervorgeht:

daß die Notare verpflichtet seyen, die Parteien wegen des Nachtheils, welcher für sie aus der gänzlichen Ungültigkeit der von ihnen aufgenommenen Urkunden entstanden ist, zu entschädigen; unter dem Ausdrucke „Parteien" des letzten Gesetzes aber (nach einer aus dem Wesen der Sache fließenden Erklärung) alle diejenigen Personen verstanden werden müssen, für welche, oder zum Nutzen, welcher der fragliche Act aufgenommen, worunter unstreitig, in sofern von einem Testamente die Rede, die eingesetzten Erben und Legatarien gehören;

In Erwägung, daß die im Art. 89 der angeführten Notariatsordnung ausgedruckte Bestimmung, daß nur auf Antrag und Betreiben des königlichen Procurators bei dem competenten Districtstribunale von diesem auf Suspension, Absetzung, Geldbuße oder Schadensersatz erkannt werden könne, nur die öffentliche Klage gegen Notarien zum Vorwurfe hat, keineswegs sich aber

auf Privatentschädigungsklagen beziehen kann, indem die Gerechtsame der Privatpersonen nicht davon abhängig gemacht werden konnten, ob der öffentliche Ankläger in derjenigen Thathandlung, welche einen Privatschaden veranlaßte, auch eine Verletzung von Dienstpflichten erblicke oder nicht;

In Erwägung, daß zwar der Art. 40. No 3 des angeführten königl. Decrets zum Voraus setzt, daß jede von einer Partei gegen einen Notar auf Schadensersatz angestellte Klage von einem von der Notariatscammer anzustellenden Güteversuche und abgegebenen Gutachten vorhergegangen werde, und daß also der in Anspruch genommene Notar allerdings berechtigt ist, wenn er ohne dieses in Anspruch genommen, darauf anzutragen, daß zuvörderst diese Formen beobachtet werden, daß jedoch es keinem Zweifel unterworfen, daß die Parteien auf die Beobachtung dieser, nicht bei Strafe der Nichtigkeit des folgenden Verfahrens vorgeschriebenen, Formen verzichten können, und daß dieses sowohl ausdrücklich als stillschweigend, durch Einlassung in das Verfahren, ohne auf die Beobachtung jener Formen anzutragen, geschehen könne;

In Erwägung, daß Appellant auf die Beobachtung derselben in erster Instanz nicht angetragen, also darauf verzichtet hat, obgleich er, die Meinung vorgetragen, daß in diesem Processe der Anspruch auf Schadloshaltung nicht mit der Haupt-

sache cumulirt werden könne, indem eine förmliche Gewährleistung deßwegen nicht in Frage käme, da die Uebertragung eines Eigenthums, einer Hypothek oder eines andern Rechts von Seiten seiner hier nicht vorhanden sey; welche Anführungen aber auf die Provocation zu jenem gesetzlichen Vergleichsverfahren keinen Bezug haben;

In Erwägung, daß jene Anführungen irrelevant, da es in der Natur der Sache liegt, daß wenn Appellant den Effect seiner Handlungen (in sofern solcher aus der Beobachtung der Formen fließt) zu garantiren verpflichtet ist, er dann auch, schon behuf seiner eignen Vertheidigung, aufgefordert werden könne, an einem Rechtsstreite Theil zu nehmen, durch welchen der von ihm zu garantirende Effect angegriffen wird; ja, eine solche Aufforderung schon deßhalb nothwendig ist, da, wenn sie unterlassen, und der angegriffene Act für nichtig erklärt wäre, sodann aber erst die Klage angestellt würde, gewiß die Einrede nicht fehlte; daß ein solcher gerichtliche Ausspruch nicht erfolgt seyn würde, wenn eine bessere Vertheidigung Statt gehabt hätte;

In Erwägung, daß aus diesen Betrachtungen folgt, daß Appellant auf eine rechtsbeständige Weise auf Garantie in Anspruch genommen, und zur Einlassung in diese Klage von dem ersten Richter angehalten;

In fernerer Erwägung, daß das angefochtene

Testament unstreitig, aus den von dem ersten Richter angeführten Gründen, welche der Appellationshof genehmigt, mit Rechtsbestande für nichtig erkannt worden;

Erkennt:

daß von dem Tribunale zu Hildesheim durch dessen Urtheil vom 16ten Julius 1811 wohlgesprochen, übel aber appellirt, mithin solches zu bestätigen, Appellanten aber auch in die Kosten dieser Instanz zu verurtheilen.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Pufendorf, v. Strahlenheim, v. Beulwiz, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellationsrichter. H. Blumenbach, S. P. G. concludirte conform.

LXIX.

Mystisches Testament. — Förmlichkeiten desselben. — Gerichtliche Geständnisse.

Beantwortung mehrerer Fragen, die Gültigkeit der Aufschriftacte der mystischen Testamente betreffend [1]).

Kann ein gültiger authentischer Act dadurch ungültig werden, daß die Partei, welche daraus einen Vortheil zu erlangen gedenkt, selbst gesteht, er enthalte keine treue Darstellung des Vorgangs, wenn derjenige Vorgang, von welchem sie behauptet, er habe Statt gehabt, obgleich er sich nicht aufgezeichnet findet, ebenfalls ein gültiges Geschäft bewirken würde?

Sowohl die olographischen als die öffentlichen Testamente führen Umstände mit sich, welche es manchem Testirer bedenklich machen können, sich

1) Als ein vorzüglich gut abgefaßtes Werk über die gegenwärtige Materie ist folgendes anzusehen: Versuch einer Darstellung der äußeren Formen der mystischen Testamente, und der Folgen ihrer Vernachläßigung, mit angehängten Formularen von Bernhard Geussenhainer, Göttingen 1812. Es hat mir vieles Vergnügen verursacht, in dieser interessanten kleinen Schrift (welche mir erst kürzlich, und lange nach Abfassung des gegenwärtigen Aufsatzes, zu Gesichte gekommen) die von mir behaupteten Grundsätze zu finden.

ihrer, zur Hinterlassung seines letzten Willens, zu bedienen. Die ersten sind nichts als Privatscripturen, welche nur von den Interessenten nicht anerkannt zu werden brauchen, um nothwendig einer, stets mißlichen, Verification unterworfen werden zu müssen[2]), die andern hingegen bringen es, ihrer Natur nach, mit sich, daß ihr Inhalt nicht allein dem Notare und den Zeugen eröffnet werde, sondern er wird sogar dem, obgleich nicht öffentlichen, doch auch nicht geheimen, Notariatsregister anvertraut.

Indem also die olographischen Testamente keine völlige Sicherheit, in Hinsicht der Erfüllung des letzten Willens des Testators, darbiethen, können für ihn die öffentlichen in ihren Folgen dadurch unangenehm, ja gefährlich, werden, daß de-

---

2) Pothier, traité sur les testamens, ed. de Huttenau, p. 9. Jedoch setzt der Verf. hinzu, und ich finde kein Bedenken, dieses zu adoptiren; „Lorsque le testateur l'a reconnu lui même de son vivant par devant les notaires, chez qui il en a fait le dépôt (diese Niederlegung ist nach dem C. N. nicht nöthig), pour être entièrement écrit et signé de sa main, je pense qu'il ne faut pas d'autre reconnaissance.“

Ausführlich ist der Grundsatz: „Le testament olographe est un acte sous seing-privé: En conséquence si l'écriture ou la signature sont contestées, la verification doit en être ordonnée“ ausgeführt in einem Erkenntnisse des Appellationshofes zu Turin, d. d. 18ten August 1810. Bibliothéque de Barreau, T. VII. N° 10. p. 353.

ten Inhalt bei dem Leben desselben habsüchtigen Verwandten bekannt wird. Der Gesetzgeber erlaubte also annoch eine dritte Art der Testamente, welche jene Bedenklichkeiten nicht mit sich führen; dieses sind die mystischen [3]).

Sie sind keine Erfindung der Verfasser des C. N., vielmehr waren sie längst in einem großen Theile Frankreichs üblich, und hatten durch die königl. Ordonnance von 1735 über die Testamente, in den Artikeln 4, 9 bis 13, eine bestimmte Form erhalten, welche genau mit derjenigen übereinstimmt, die in Hinsicht ihrer der C. N. vorschreibt [4]).

---

3) Erkenntniß des Appellationshofs zu Brüssel vom 23sten März 1811. „— attendu qu'un testament mystique ou clos, et déposé chez un notaire, devient, par l'acte de dépôt rédigé par le notaire, sur l'enveloppe, en présence des témoins et signé par le testateur, une pièce authentique, lorsqu'il est reconnu que le papier ou l'enveloppe qui le renferme sont restés intacts, et qu'il n'y a pas eu moyen d'y substituer un autre testament, sans fracture; d'où il suit que le testament n'est plus sujet à vérification d'écriture ou de signature et ne peut être argué que par inscription de faux; la Cour dit que le jugement qui avoit ordonné l'exécution du testament sortira son effet." Bibliothéque du Barreau 1812. N° 2. p. 166. — Sirey, 1812. Cah. 3. II. p. 97.

4) Merlin, répert. s. v. testament, Sect. II. § 3. Pothier, traité des testamens, ed. de Huttenau, p. 20. — Es würde sehr zweckmäßig gewesen seyn, zu diesen Formen noch die hinzuzusetzen, daß das Couvert des mystischen Testaments nicht allein mit dem Siegel des Testators,

So bestimmt nun auch diese Vorschriften der Ordonnanz, und nachher des Gesetzbuchs Napoleons, scheinen, so sehr, bei ihrer ersten Lesung, man glauben sollte, ihre Erfüllung sey keinen Schwierigkeiten unterworfen: so oft sind sie der Gegenstand kostbarer Rechtsstreite gewesen. Eine unendliche Menge von Zweifeln entstanden, in einzelnen Fällen, darüber, ob die gesetzlichen Formen durch die Worte, deren sich der Notar in der Aufschriftsurkunde bediente, erfüllt seyen, oder nicht. Und wie nichts erfindungsreicher ist als die Habsucht: so sind von jeher gegen die Aufschriftsacte der mystischen Testamente (wie überall der Testamente) Einreden vorgebracht worden, bei denen es zweifelhaft wurde, ob man sich mehr über die Subtilität ihrer Erfinder wundern, oder mehr über die Unzulänglichkeit der Sprachen klagen sollte, so einfache Vorschriften mit solchen Worten und Wortfügungen darzustellen, daß selbst die Chicane keine Zweifel gegen sie zu erregen im Stande wäre.

---

sondern auch mit dem des Notars zu verschließen sey, da, nach der jetzigen Legislation, die nur das erste erfordert, es nicht nur in der Gewalt des Testators steht, das mit dem Subscriptionsacte versehene Couvert selbst zu öffnen, und ein anderes Testament hineinzulegen, sondern, welches schlimmer ist, dieses auch, nach seinem Tode, die in dem Besitz seines Petschaftes sich befindenden Erben können. — Vergl. Observations des tribunaux d'appel sur le projet du C. c. P. I. Dijon, p. 9. Pfeiffer, Napol. Gesetzbuch, Thl. I. S. 498.

Kaum wird ein Aufschriftsact eines mystischen Testaments der Gegenstand des Vorwurfs mehrerer Nichtigkeiten gewesen seyn, als derjenige, welcher die Ursache des berühmten Rechtsstreites war, von welchem in dieser Abhandlung die Rede seyn wird. Die Zahl der Perioden und der demselben vorgeworfenen Nichtigkeiten möchte wohl so ziemlich gleich seyn. Er biethet also eine merkwürdige Gelegenheit dar, die Erfordernisse des Gesetzes bei der Ueberreichung eines mystischen Testamentes, durch Auflösung der vorgelegten Fragen, darzustellen, welches jedoch füglich nicht eher geschehen kann, bis der Leser den Aufschriftsact, von welchem die Rede ist, wird kennen gelernt haben, wie es denn auch hinlänglich seyn wird, die Erkenntnisse mitzutheilen, welche jene Fragen entschieden, besonders da eine ausführliche Erörterung derselben, der Gegenstand, nicht einer Abhandlung, sondern eines Buches, seyn müßte.

Folgende Betrachtungen hingegen finde ich zweckmäßig, vorherzusenden, da sie ganz allgemeine Grundsätze zum Vorwurfe haben.

Nur auf zwei Wegen kann ein regelmäßiger authentischer Act, und also auch die Aufschriftsurkunde eines mystischen Testaments, seine Wirksamkeit verliehren. Der erste ist die Verfälschungsbeschuldigung, der zweite das Eingeständniß der Falschheit desselben.

Eine authentische regelmäßige Urkunde bewirkt, nach dem Gesetze, Art. 1319, den vollständigen Beweiß alles dessen, was darin enthalten ist [5]). Es hieße also ganz den gesetzlichen Character eines solchen Acts verkennen, wenn man dessen Gültigkeit (wie im vorliegenden Falle der erste Richter that) von einem Gegenbeweise abhängig machen wollte. Nur die gesetzliche Vermuthung, welche aus dem auf eine Fälschungsklage abgegebenen Urtheile: [6]) die Urkunde sey falsch, hervorgeht, ist im Stande, ihre Wirksamkeit zu zerstören. Ganz gleiche Kraft, als ein solches Urtheil, hat aber das Eingeständniß der Partei, daß die Urkunde nicht eine getreue Darstellung dessen enthalte, was sie erzählen sollte, oder, mit andern Worten, daß sie falsch sey. Denn wozu bedarf es einer Fälschungsklage, und eines darauf abzugebenden Urtheils, wenn die Partei das dem Gegner vortheilhafteste Resultat jener Klage freiwillig darbiethet [7]).

---

5) Sogar der Richtigkeit der darin angewendeten Interpunction. Jemand der also behauptet, daß die in einem authentischen Acte vorhandene Interpunction geändert sey, muß die Fälschungsklage zur Hand nehmen. Erkenntniß des Appellationshofes zu Limoges, vom 14ten August 1810, bestätigt durch ein Erkenntn. des Cassationshofes, vom 12ten Jun. 1811. Sirey, 1812. Cah. 10. Part. II. p. 386.

6) Vergl. Art. 1319 und 1350. N° 3. C. N.

7) Vergl. Art. 1352 und 1356 C. N.

Diese Grundsätze glaubte der Verfasser auf den gegenwärtigen Fall anwenden zu können. Er erblickte nämlich in der, in authentischer Form vorliegenden, Ausfertigung des in Frage stehenden Aufschriftsacts (eine zweite Expedition, welcher der Character einer authentischen, als von keinem zur Aufnahme derselben berechneten Beamten aufgenommen [8]), fehlte, schien ihm gar keiner Berücksichtigung zu verdienen) die Erzählung derjenigen Form der Ueberreichung eines mystischen Testaments, wo dasselbe nicht bereits versiegelt, sondern behuf der Versiegelung dem Notar und Zeugen eingehändigt wurde; ja er glaubte sogar (obgleich in einem sehr schlechten Deutsch) darin die Erzählung der von dem Notar in der That vorgenommenen Versiegelung zu finden. Nicht aber behuf der Versiegelung war das Testament übergeben, nicht von dem Notar war die Versiegelung geschehen, sondern sie hatte bereits vor dem Anfange des Actes Statt gehabt: denn diese Umstände waren (wie wohl zu merken) von den Testamentserben gerichtlich eingestanden, dieses hatten die Zeugen des Aufschriftsacts bekräftigt, dieses Geständniß war von den Intestaterben ungetheilt angenommen. Juristisch gewiß war es also, der Vorgang war

---

8) Art. 1317. C. N.

von dem Notar auf eine falsche Weise erzählt, sobald man nämlich den Act so auslegte, daß die in demselben enthaltene Erzählung nicht mit den Eingeständnissen der Beklagten in Harmonie zu bringen stand, d. i. sobald man annahm, die Urkunde besage: das Testament sey dem Notar zum Zweck der Versiegelung übergeben, und auch wirklich von ihm versiegelt worden. Lediglich kam es also auf die Auslegung des Actes, in dieser Hinsicht an, in sofern man nämlich dafür hielt, daß in demselben, noch außer den streitigen Ausdrücken, keine solche Nichtigkeiten enthalten wären, welche jede fernere Untersuchung überflüßig machten. Einer Fälschungsklage bedurfte es auch, in dem Falle, da die Urkunde als den Eingeständnissen der Testamentserben widersprechend angenommen wurde, nicht; denn das von dem Intestaterben gewünsche Resultat jener Klage war bereits da: Bekenntniß, die Urkunde enthalte keine getreue Darstellung derjenigen Thatumstände, welche sie mit der größten Pünctlichkeit hätte erzählen sollen.

Diese Ansicht der gegenwärtigen Sache theilte jedoch mit dem Verfasser nur die Minorität des höchsten Gerichtshofes, daher dessen Ausspruch von derjenigen Entscheidung, welche durch sein, nachher mitzutheilendes, Votum vorgeschlagen wurde, sehr wesentlich verschieden ausfiel. Der Verfasser kann nicht dafür halten, daß es anmaaßend erscheinen

könne, ein einzelnes Votum dem Ausspruche eines Gerichtshofes entgegenzusetzen, da theils hierin keineswegen die Behauptung liegt, daß das erste materielle, das zweite aber nur formelle Wahrheit enthalte (denn was — wie Kant [9]) sagt — die schmeichelhafte Vorstellung anlangt, die man sich macht, daß man durch größere Scharfsichtigkeit es besser als andere treffen werde, so versteht man wohl, daß jederzeit alle so geredet haben, die uns aus einem fremden Irrthum in den ihrigen ziehen wollen), und da, zweitens, dieses Werk nicht dazu bestimmt ist, das leidige Reich der Präjudizien wieder mit begründen zu helfen: sondern zur Bildung einer, auf Gesetze und deren Analogie gebauten, Rechtswissenschaft beizutragen. Soll nun dieser Zweck sich aufrichtig als die Absicht dieses Buchs darstellen: so muß es auch erlaubt seyn, den gerichtlichen Aussprüchen (und wären sie noch so ehrwürdig) entgegengesetzte Ansichten gegenüber zu eröffnen. Ueberzeugt von der Wahrheit dieser Grundsätze, theilt so der Herr Graf Merlin, Generalprocurator am französischen Cassationshofe, seine, von den Entscheidungen dieses öfter sehr abweichende, Anträge mit; und, um dem Publicum zu zeigen, daß die Urtheile (überhaupt keine Ora-

---

9) Beweißgrund zu einer Demonstration des Daseyns Gottes. S. 3.

kel) nicht das Resultat einer Uebereinstimmung der Meinung aller Mitglieder des Gerichts, sondern vielmehr nur der Ausspruch der Majorität, waren, wird den Entscheidungen der französischen Gerichtshöfe der Zusatz: „Multis dissentientibus", bei ihren Bekanntmachungen oft hinzugefügt; so theilte auch der unsterbliche Vicepräsident von Pufendorf, dem Publicum seine von den Aussprüchen des ehemahligen Ober-Appellationsgerichts abweichenden Meinungen mit. — Eine ähnliche Freimüthigkeit herrsche denn auch in diesem Werke!

Folgendes sind die Thatsachen, die zu einem Rechtsstreite Veranlassung gaben, der, richtig behandelt, im höchsten Grade einfach seyn mußte, aber der, durch ein unrichtiges Angriffs- und Vertheidigungssystem, unüberlegte Eingeständnisse, ein Zusammentreffen mehrerer bei weiten nicht aufgehellter Umstände, durch ein offenbar irriges Erkenntniß des ersten Richters, zu einer Weitläuftigkeit und Kostbarkeit gedieh, welche wiederum den Notaren zu einer Warnung dienen möge, nichts bei der Abfassung ihrer Acte zu versäumen.

Der Senator Christian von Rhoden zu Duderstadt überreichte am 6ten Junius 1810 dem Districtsnotar Anselm Artmann daselbst sein mystisches Testament, in welchem der Oeconom Ferdinand König zu Duderstadt

und ein und zwanzig andere Personen zu Erben und Legataren eingesetzt waren.

Der gedachte Notar nahm darüber einen Subscriptionsact auf, welcher in einer, von ihm am 17ten Junius 1810 ausgelieferten, authentischen Ausfertigung [10]) folgendermaaßen lautet:

„Verhandelt zu Duderstadt in der Wohnung des Herrn Senators Christian von Rhoden sub N° zweihundert ein und dreißig in seiner gewöhnlichen Stube, den sechsten Juni achtzehnhundert und zehn, Vormittags gleich nach sieben Uhr.

Nach einer von dem Herrn Procurator Franz Lehne von hier geschehenen Aufforderung erschien, ich, der Districtsnotar Anselm Artmann des Districts Duderstadt, im Harzdepartement, wohnhaft zu Duderstadt, in der genannten Behausung zu der bestimmten Tagszeit beim Herrn Requirenten, Senator von Rhoden, dahier zu Duderstadt im Harzdepartement wohnhaft, der in Gegenwart der Zeugen die Richtigkeit der an mich und die Zeugen geschehenen Requisition bestätigte und erklärte, daß das in zwei Bogen bestehende, von Ihm errichtete Testament, welches Er mir behuf der Versiegelung und des zu berichtigenden

---

10) Man wird nachher sehen, in wiefern davon eine am 18ten Junius 1810 von dem Greffier des Friedensgerichtes zu Duderstadt genommene Abschrift abweicht. Die Worte, worauf es vorzüglich ankömmt, sind durch den Druck ausgezeichnet.

Aufschriftsacts in Gegenwart der Zeugen überreichte, von Ihm, dem Herrn Requirenten, nach geschehener Durchlesung und Genehmigung eigenhändig unterschrieben, übrigens aber auf sein Geheiß von einem specialiter Requirirten nach seinem Willen niederschreiben lassen, und untersiegelt sey. Er erkläre sofort dessen Inhalt zwar für seinen letzten Willen, behielt sich jedoch die ausdrückliche Befugniß vor, solchen stündlich und täglich abändern zu können. — Ich nahm dieses Testament sofort in Empfang, und versiegelt ist es mit dem Pettschaft des Herrn Requirenten dreimal in gegenwärtiges Convolut, worauf sowohl der Herr Requirent, als die Zeugen, nahmentlich: 1) der patentirte Metzger Gottlieb Dieck; 2) der patentirte Knopfmacher Ferdinand Gebhardt; 3) der patentirte Schlosser Julius Gebhardt; 4) der patentirte Hufschmidt Friedrich Heise; 5) der patentirte Strumpfweber August Junge; 6) der patentirte Buchbinder Ludwig Döring, sämmtlich majorenn, mit den gesetzlichen Erforderníssen versehene Zeugen, sämmtlich von hier, und dahier zu Duderstadt im Harzdepartement wohnhaft und geboren, nachdem dieser Aufschriftsact durch mich in Gegenwart der genannten Zeugen langsam und deutlich dem Herrn Requirenten vorgelesen, und er denselben genehmigt hat, sich eigenhändig unterschrieben haben, wie folgt:

Christian Rhoden, Gottlieb Dieck, Ferdinand Gebhard, Julius Gebhard, Friedrich Heise, August Junge, Ludwig Döring.

Nach erfolgter Unterschrift des Herrn Requirenten und der Zeugen unterschrieb sich

(L. S.) Anselm Artmann,
Districtsnotar.

Die Richtigkeit dieser Abschrift beglaubiget, Duderstadt den siebzehnten Juni achtzehnhundert zehn. Anselm Artmann,
Districtsnotar."

Die Intestaterben, die verwitwete Apothekerinn Weber, geb. Guttermann, und die Ehefrau des vormahligen Justizcommissar Gerbode, geb. König, welche durch dieses Testament um eine mehr als hunderttausend Rthlr. betragende Erbschaft kamen, griffen die Gültigkeit desselben aus sechzehn Gründen an, wobei sie jedoch vorzüglich sich darauf stützten, daß nicht die Artmannsche Expedition des in Frage stehenden Actes, sondern vielmehr diejenige zum Grunde der Entscheidung zu legen, welche der Greffier des Friedensgerichts zu Duderstadt davon am 18ten Junius 1810 gegeben habe [11]); in dieser heiße es aber nicht:

---

11) Diese Expedition war, nach der Angabe der Parteien von dem Friedensgerichts-Greffier, in Abwesenheit des Notars aufgenommen. Den Subscriptionsact hatte, be-

„Ich nahm dieses Testament sofort in Em-
„pfang und versiegelt ist es in gegen-
„wärtiges Convolut u. s. w."

sondern vielmehr:

„Ich nahm dieses Testament sofort in Em
„pfang und versiegelte es in gegenwär-
„tiges Convolut, u. s. w."

Es sey also (fügten sie hinzu) die Notariats-expedition in sofern falsch, daß der Act selbst jetzt durch eine Abänderung des „versiegelte es" in „versiegelt ist es" verfälscht sey, wobei der allerdings merkwürdige und äußerst bedenkliche Umstand zur Sprache kam, daß das Original des Aufschriftsacts jetzt durch ein übergeschüttetes Dintenfaß, besonders an der critischen Stelle unleserlich geworden, und welcher Umstand sich auch in der That also verhielt [12]). Eine Vergleichung der Notariatsexpedition mit der Minute derselben konnte also nicht mehr von Nutzen seyn.

Es würde zu weitläuftig seyn, alle sechzehn Nichtigkeitsgründe der Kläger und deren Beantwortung aufzuführen (wie sie denn auch aus den mitgetheilten Erkenntnissen ersichtlich sind, und

---

huf der Abschreibung, die Ehefrau des Notars, dem Greffier ausgehändigt (!)

12) Ein so wichtiger Act, erst der Aufsicht der Ehefrau überlassen, und nachher mit Dinte beschüttet! — Welche Sicherheit können die Staatsbürger aus solch einem Verwahrungssystem erhalten?

zum Theil den Stempel eigner Nichtigkeit an der Stirn tragen), ich beschränke mich daher nur auf die Aufzählung derer, die mir einige Rücksicht zu verdienen scheinen, und diese bestanden darin:

1. Daß der Notar und die Zeugen, sich nicht unterrichtet (wenigstens besage dieses der Aufschriftsact nicht), daß der Testator die zu einer letzwilligen Disposition erforderlichen Geistesfähigkeiten gehabt habe;

2. Daß das die Verfügung enthaltene Papier nicht verschlossen und versiegelt (clos et scellé), sondern bloß versiegelt worden, da doch das Gesetz beides copulative verlange;

3. Daß der Testator entweder das Testament an den Notar und sechs Zeugen versiegelt und verschlossen überreichen, oder es in ihrer Gegenwart versiegeln und verschließen lassen könne: dem Acte zufolge das letztere gewählt, jedoch es nur zum Versiegeln, nicht aber auch zum Verschließen übergeben habe;

4. Daß in dem Acte hätte bemerkt werden müssen, daß das Versiegeln und Verschließen in Gegenwart von sechs Zeugen geschehen, dahingegen der Act aber nur enthalte:

„Ich nahm dieses Testament sofort in Empfang und versiegelte es mit dem Pettschafte des Herrn Requirenten;"

5. Daß alle sechs Zeugen gleich im Anfange des Acts hätten genannt, oder wenigstens

es ausdrücklich hätte bemerkt werden müssen, daß ihrer sechs bei der ganzen Handlung zugegen gewesen;

6. Daß die im Art. 976 vorgeschriebene Reihefolge der Formalitäten, so wie sie daselbst hintereinander aufgezählt, nicht, vielmehr eine willkührliche Ordnung derselben, beobachtet worden. Die Vorschrift der Beobachtung der gesetzlichen Folge sey durch die Worte „de suite“ ausgedruckt. Zuerst hätte also der Testator das Testament unterschreiben, und dann die übrigen einzelnen Handlungen so auf einander folgen müssen, wie sie der Art. 976 vorschreibe.

Diese Einreden nahmen die Kläger aus dem Acte selbst (nach der von ihnen für ächt ausgegebenen Expedition und deren Lesarten) her, nun behaupteten sie aber auch noch

7. Daß selbst dieser Act falsch aufgezeichnet wäre, indem die Handlung nicht so vorgefallen als darin niedergeschrieben. Die Uebergabe des offenen Testaments sey nur vor zwei Zeugen geschehen, und als die Versiegelung vorgenommen worden, seyen nur drei bis vier Zeugen zugegen gewesen. Nach dem Eingange des Acts hätte der Notar das Testament versiegeln sollen; auch enthalte der Act die Worte:

„Ich nahm dieses Testament sofort in Empfang und versiegelte es“: dessen ungeachtet habe der mit gegenwärtig gewesene Procura-

tor Lehne die Versiegelung, und zwar nicht in Gegenwart von sechs, sondern nur von drei bis vier Zeugen vorgenommen. Der Testator habe auch die im Aufschriftsacte enthaltenen Erklärungen gar nicht so abgegeben, wie sie aufgezeichnet wären, er habe nichts gethan, als die Fragen des Districtsnotars Artmann zu bejahen. Dieses reiche nicht zu, indem der Testator, nach Art. 976 des C. N., die vorgeschriebenen Erklärungen aus eigenem Antriebe machen müsse. Es folge hieraus, daß der Testator entweder nicht bei Geisteskräften gewesen, welche die Gesetze zur Errichtung der Testamente im Allgemeinen erfordern, oder daß er wenigstens nicht den gehörigen Gebrauch davon gemacht habe. Es sey ferner die Handlung dadurch unterbrochen, oder vielmehr als rechtlich existirend gar nicht anzusehen, daß nach dem Anfange derselben, nämlich nach der Uebergabe des Testaments an Notar und Zeugen und nach der Versiegelung, noch zwei Zeugen hinzugekommen wären [13]). —

---

13) Der angehende Practiker bemerkte hier den Fehler im Angriffssystem. Verhielten sich diese Umstände so, so mußten die Kläger zuvörderst lediglich zur inscription en faux, nach ihren gesetzlichen Formen, schreiten, und versuchen, ob sie, bis zur Beendigung dieses Verfahrens nicht eine vorläufige Aussetzung der Vollziehung des Testaments, nach dem Art. 1319. C. N., erhalten konnten. Diese inscription en faux mußten sie gegen die Notariatsexpedition, mit

Aus diesem hier Vorgetragenen ist ersichtlich, daß die Basis des Angriffssystems der Kläger nicht die Artmannsche authentische Ausfertigung des Aufschriftsacts, sondern die friedensgerichtliche war. Diese hielten sie für die allein zu berücksichtigende, griffen aus ihr, zuvörderst aus Gründen, welche schon aus derselben ersichtig seyn sollten, den Aufschriftsact als nichtig an, sich vorbehaltend, wenn er von dem Gerichte, in Hinsicht der Form, als gültig erkannt werden sollte, zu beweisen, daß er Erzählungen enthielte, welche auf die erzählte Weise nicht vorgefallen. Nach der Meinung der Kläger stand also ein solcher Subscriptionsact zu beurtheilen, welcher von der Uebergabe eines unversiegelten mystischen Testaments rede, welches von dem Notar habe erst versiegelt werden sollen.

Das Vertheidigungssystem der Beklagten hingegen begründete sich auf die Artmannsche authentische Expedition. In Beziehung auf diese (die friedensgerichtliche Expedition für eine gar nicht zu berücksichtigende Urkunde ausgebend) setzten sie den Klägern folgende Einreden entgegen:

1. Es sey nirgend vorgeschrieben, daß im

---

vorläufiger gänzlicher Nichtbeachtung der friedensrichterlichen richten. Eine eventuelle inscription en faux kennt das Gesetz so wenig als eine Erbiethung zum bloßen Beweis der Falschheit eines authentischen Acts.

Aufschriftsacte eines mystischen Testaments ein Notar zu bemerken habe, daß der Testator bei der Ueberreichung des Testaments die gehörigen Seelenkräfte gehabt; dieses verstehe sich vielmehr von selbst, da jeder so lange für klug gehalten werden müsse, bis er auf eine legale Weise interdicirt werde. (Art. 504. C. N.)

2. Der Testator habe das Testament verschlossen und versiegelt bereits übergeben, daher dasselbe nicht in Gegenwart von sechs Zeugen habe verschlossen und versiegelt werden können. Es sey hierbei zu bemerken, daß die friedensgerichtliche Abschrift des Subscriptionsacts irrig sey, indem es in dem Originale nicht:

„und versiegelte es“,

sondern (wie auch in der authentischen Expedition enthalten):

„und versiegelt ist es“

heiße.

Es sey nur zufällig gewesen, daß bei dem Versiegeln drei oder vier Zeugen hinzugekommen. Dieser gänzlich unerhebliche Umstand habe jedoch vor dem Anfange des Acts Statt gehabt. Nicht offen, sondern verschlossen, sey das Testament dem Notar übergeben, und bei der Uebergabe und Aufnahme des Acts habe kein Zeuge gefehlt. Der Notar habe das Testament also nicht versiegeln können, da es ihm bereits versiegelt eingehändigt worden. Die in dem Acte enthaltenen Ausdrücke:

„Behufs der Versiegelung und des zu berich-„tigenden Aufschriftsacts,"

widersprächen diesen Anführungen keineswegs, sondern seyen vielmehr dahin zu verstehen:

daß der Notar über das versiegelt übergebene Testament den Aufschriftsact aufnehmen und diesen versiegeln solle [14]).

Das übergebene Testament sey also schon vorher versiegelt gewesen, den Act selbst aber habe der Notar versiegelt. Durch die Versiegelung des Acts sey das schon versiegelte Testament, welches in denselben eingeschlossen gewesen, nochmahls versiegelt, und sofort durch Beidruckung des Notariatssiegels das Officium des Notars, nach vorgängiger Vorlesung des aufgenommenen Acts, beendigt worden.

3. Es drücke das deutsche Zeitwort „versiegeln" genau dasjenige aus, was durch das französische „clorre et sceller" bezeichnet werde.

4. Auch sey es gleichgültig, [15]) ob die Nah-

---

14) Eine unendlich gezwungene Auslegung. Viel natürlicher ist die, welche sich in dem Erkenntnisse des hiesigen Appellationshofes von diesem Ausdrucke findet.

15) Vergl. Jurisprud. du C. N. T. XVI. p. 217. und das daselbst angeführte Erkenntn. des Appellationshofes zu Besançon, d. d. 29sten März 1811, wodurch ein Testament für gültig erklärt wurde, obgleich die Erwähnung der in Gegenwart der Zeugen geschehenen Vorlesung sich erst am Ende des Testaments befand.

men der Zeugen am Ende oder im Anfange des Acts aufgeführet worden, das Gesetz schreibe darüber nichts vor, wie es denn auch

5. eben so gleichgültig sey, in welcher Ordnung die von dem Gesetze vorgeschriebenen Formen beobachtet würden: genug, wenn bei derselben keine wesentliche Abänderungen Statt fänden und die bekannte unitas actus beobachtet wäre, dieses wäre es einzig, was das Gesetz durch: de suite [16]), et sans divertir à autres actes" bezeichnen wolle.

In der Replik acceptirten die Kläger das Geständniß, daß das Testament von dem Procurator Lehne versiegelt sey, ehe alle sechs Zeugen zugegen gewesen, widersprachen der Behauptung, daß es verschlossen und versiegelt übergeben worden, und daß der Ausdruck: „Behufs der Versiegelung" den Sinn haben könne, den man ihm beilegen wolle, wobei sie annoch behaupteten: daß die beklagter Seits beigebrachte Ab-

---

16) Der Ausdruck „de suite" hat allerdings zwei verschiedene Bedeutungen: Er bedeutet nach dem Dictionnaire de l'Academie:

a) L'un après l'autre, sans interruption;

b) Il se dit encore de l'ordre dans lequel les choses doivent être rangées. Ces livres, ces medailles ne sont point de suite, mettez les de suite.

Diese letzte Bedeutung spricht für die Kläger, doch nahm die franz. Jurisprudenz an, daß hier de suite nur sans interruption bedeute.

schrift des Subscriptionsacts falsch oder verfälscht sey, wenn es darin heiße: „versiegelt ist es", da es doch nach der producirten friedensgerichtlichen Ausfertigung, heiße: „und versiegelte es" [17]. Die weiter versuchte Erklärung, daß das schon versiegelte Testament noch einmahl versiegelt werden sollen, und versiegelt sey, enthalte die Behauptung einer begangenen neuen Nichtigkeit [18].

Die Fragen, welche jetzt durch das Erkenntniß beantwortet werden mußten, waren sehr einfach, und unstreitig folgende:

1. Welche Expedition des Aufschriftsacts ist als diejenige anzusehen, die zur Basis der Entscheidung dienen muß?

2. Ist dieses (wie es wohl nicht bezweifelt werden konnte) die Notariatsexpedition, — von

---

17) In der Klage beschuldigten sie also die Minute des Acts, oder die Expedition, welche sie für ächt ausgaben, in Vergleichung mit dem Vorgange falsch zu seyn; hier die authentische Expedition, in Vergleich mit der Minute. Es konnte jedoch nur von einer inscription en faux gegen den authentischen Act die Rede seyn, da die Beklagten nie von der friedensgerichtlichen Expedition Gebrauch machen zu wollen erklärt haben würden. Vergl. Art. 166. Proceßordn. und Art. 215. Code de proc. fr.

18) In sofern wie behauptet wäre, der Subscriptionsact sey nicht auf das Couvert des Acts, sondern auf ein Couvert des Couverts geschrieben, scheint mir dieß allerdings der Fall zu seyn.

was für einem mystischen Testamente redet solche — von einem versiegelt übergebenen oder von einem, das zur Versiegelung übergeben wurde?

3. Sind, man nahm die erste oder die zweite Hypothese an, die gesetzlichen Formen beobachtet, d. i., ist der Act, aus sich selbst erklärt, gültig, oder nichtig?

4. Sind, in sofern der Act, seiner Form nach, für gültig oder für nichtig anerkannt werden muß, Beweise zuzulassen oder aufzulegen, durch welche entweder das Gegentheil des im Acte Erzählten dargethan, oder Unbestimmtheiten desselben ergänzt würden?

Das Tribunal zu Duderstadt lößte am 4ten September 1810 diese Fragen folgendermaaßen durch das nachstehende Erkenntniß auf.

„Das Tribunal hat . . . .

In Erwägung, daß in den Gesetzen keineswegs bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben worden, daß bei Aufnahme eines Aufschriftsacts über ein mystisches Testament der Stand, das Gewerbe, und sämmtliche Vornamen des Testators ausgedrückt werden sollen, und es vielmehr hinreichend, wenn der letztere, wie im vorliegenden Falle, so bezeichnet worden, daß über die Identität von dessen Person, kein Zweifel entstehen kann, daß ferner es auch keine Nichtigkeit des fraglichen Testaments begründet, wenn in dem Aufschriftsact nicht ausdrücklich erwähnt worden, daß der Notar und

die Zeugen sich von der Dispositionsfähigkeit des Testators überzeugt hatten, vielmehr solches, vermöge der für die Gewissenhaftigkeit des Notars und der Zeugen streitenden Vermuthung, so lange angenommen werden muß, als nicht das Gegentheil nachgewiesen worden;

In Erwägung, daß in den Gesetzen, Art. 976 seq. C. N., nicht enthalten, daß ein Testator ein mystisches Testament erst in Gegenwart des Notars und wenigstens sechs Zeugen unterschreiben solle, vielmehr dessen Erklärung, daß er es selbst ge- und unterschrieben oder durch einen andern habe schreiben lassen, er selbst aber solches früher unterschrieben, hinreichend ist, welche Erklärung des Testators auch in dem Aufschriftsacte enthalten, und daß ebenso auch angenommen werden muß, daß das Versiegeln, wovon der Aufschriftsact erwähnt, sich ohne vorheriges Verschließen nicht einmahl denken läßt, und durch das erstere auch das letztere geschiehet;

In Erwägung, daß auch die nahmentliche Erwähnung der adhibirten Zeugen gleich im Anfange des Acts nicht absolut, und bei Strafe der Nichtigkeit, in den Gesetzen vorgeschrieben worden;

In Betracht, daß es auch schon für hinreichend angenommen werden muß, wenn bei einem mystischen Testamente die in dem Gesetze, Art. 976 C. N., vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden, und daß dieses geschehen, aus dem

von dem Notar gefertigten Aufschriftsact hervorgehet, es aber zu weit gegangen seyn würde, wenn man daraus, daß hierbei die Ordnung, in welcher jene Förmlichkeiten in dem kaum erwähnten Gesetze nach einander vorgeschrieben worden, nicht beobachtet, eine Nichtigkeit herleiten wollte, indem sich hierbei kein Zweck des Gesetzgebers denken läßt; — erwogen, daß es in den Gesetzen nirgends, am allerwenigsten bei Strafe der Nichtigkeit, verboten, daß der Notar ein mystisches Testament in seine Verwahrung nehme, dieses Verbot sich auch aus den von den Klägern angezogenen Gesetzstellen nicht folgern läßt; — in Betracht also, daß durch alle vorerwähnte, von den Klägern aufgestellte, Gründe die behauptete Nichtigkeit des fraglichen Testaments nicht bewirkt werden kann; — in Betracht hingegen, daß wenn die von den Verklagten bestrittene, und durch die Verschiedenheit der von beiden Theilen beigebrachten Abschriften des Aufschriftsacts noch mehr in Zweifel gesetzte, Behauptungen der Kläger, daß

1. Der Testator das fragliche Testament dem Notar zum Verschließen und Versiegeln übergeben, und dieses nicht in Gegenwart sämmtlicher sechs Zeugen geschehen ist, mithin

2. der behauptete Inhalt des Aufschriftsacts in dem Ausdrucke

„und versiegelt ist es"

falsch sey, vielmehr diese Ausdrücke vorher:

„und versiegelte es"

gewesen, und erst nachher geändert worden, und endlich

3. der Testator auch nicht bei den Seelenkräften gewesen, welche die Gesetze bei Errichtung einer letztwilligen Disposition erfordern, gehörig erwiesen würden, hierdurch allerdings eine Nichtigkeit des fraglichen Testaments begründet werden kann; —

Erkennt:

daß die Kläger binnen vierzehn Tagen, mit Vorbehalt des den Verklagten zustehenden Gegenbeweises, zu beweisen schuldig:

daß der Testator Christian von Rhoden sein Testament dem Notar zum Verschließen und Versiegeln übergeben, und dieses Verschließen und Versiegeln nicht in Gegenwart sämmtlicher sechs Zeugen geschehen, daß also der von den Verklagten behauptete Inhalt in den Ausdrücken:

„und versiegelt ist es"

falsch sey, und diese Ausdrücke vorher:

„und versiegelte es"

geheißen, und erst nachher geändert worden, auch daß der Testator nicht bei den Seelenkräften gewesen, welche die Gesetze bei Errichtung einer letztwilligen Disposition erfordern, worauf sodann, in der Hauptsache so-

wohl, als der Kosten halber, ferner ergehen soll, was Rechtens."

Dieses Erkenntniß legte also, unstreitig sehr richtig, die Notariatsexpedition des Aufschriftsacts zur Basis der Entscheidung. Es nahm an, daß diese Ausfertigung von der Ueberreichung eines bereits verschlossenen mystischen Testaments rede.

Ferner, daß die Förmlichkeiten bei der Ueberreichung und Aufnahme des Acts gehörig erfüllt seyen;

daß jedoch den Klägern der Beweis nachzulassen, der authentische Act enthalte keine treue Darstellung des Vorganges.

In dieser letzten Entscheidung irrte nur das Tribunal eben so offenbar, als die Kläger darin geirrt hatten, daß sie sich stets auf einen nicht-authentischen Act gegen einen authentischen stützten, ohne, wenn sie den letzten für falsch hielten, nicht sofort förmlich die inscription en faux zur Hand zu nehmen [19]). Ein Beispiel, wie schädlich den Parteien eine unrichtige gerichtliche Tactik werden könne, denn hätten die Kläger mit einer förmlichen inscription en faux begonnen, so wäre

19) Man kann unmöglich die Erforderniſſe einer inscription en faux in den eventuellen Anträgen der Kläger in dieser Hinsicht finden.

auch unstreitig der erste Richter nicht in den Irrthum dieses Interlocuts verfallen.

Der nachgelassene Beweis des Wahnsinns wäre übrigens, ungeachtet des Art. 504 C. N., nach der Erklärung, die man dem Art. 901. C. N. giebt, nach der französischen Jurisprudenz nicht unzuläßig gewesen, wenn die Kläger, welches doch nicht der Fall war, förmlich den Wahnsinn des Testators behauptet hätten [20]; wobei ich nicht

---

20) Selbst durch die Jurisprudenz des Cassationshofes ist jetzt entschieden, daß ein solcher Beweis zuläßig sey. Erkenntn. vom 22sten Nov. 1810: „Considérant que l'art. 504 du C. N. n'est point applicable aux donations entre vifs, ni aux testamens, lesquels sont specialement régis par l'art. 901. du même code; . . . qu'il resulte de la généralité d'expression de cet article que nonobstant les articles 1341. 1347. 1352. 1353. du dit Code il est permis aux parties d'articuler et aux tribunaux de les admettre à prouver tous les faits qui sont de nature à établir que l'auteur d'une donation entre vifs ou d'un testament n'étoit pas sain d'esprit à l'époque de la confection des ces actes, sans distinguer si ces faits n'ont pas constitué un état permanent de démence; Rejette . . ." Jurisprud. du C. N. T. XVI. p. 209. Vergl. T. XII. p. 441. seq. — Ausführlich sind die Gründe für diese Theorie (die, wenn auch der Art. 504. C. N. eine sehr gezwungene Auslegung dadurch bekömmt, — denn die Schenkung oder das Testament sind doch in Beziehung auf den Verstorbenen „des actes par lui faits" — ihren guten Nutzen haben kann) entwikkelt in einem Erkenntn. des Appellationshofes zu Besançon, d. d. 19. Dec. 1810. Jurispr. du C. N. T. XVI. p. 213. — Vergl. Magazin für das Civil- u. Criminalrecht des Kayserthums Frankr. v. Spangenberg, v. Halem und Demeuré, Heft I. S. 94.

verheimlichen kann, diese Erklärung sehr gezwungen zu finden, da mir der Art. 901 nichts auszudrucken scheint, was sich nicht bei jedem Geschäfte von selbst verstehen sollte, daher denn auch nicht wohl abzusehen ist, weßhalb die im Art. 504. C. N. aufgestellte Regel grade bei Donationen und Testamenten eine Ausnahme erleiden müsse.

Die Kläger sowohl als die Beklagten ergriffen gegen dieses Erkenntniß die Appellation an den Appellationshof zu Cassel; die ersten, weil das in Frage stehende Testament nicht, ohne weitere Beweisauflage, für nichtig, und die andern, weil es nicht, ohne den Klägern noch einen Beweis nachzulassen, für gültig erklärt sey.

Die dritte Section des k. Appellationshofes zu Cassel erließ darauf, am 1sten December 1810, folgendes

Urtheil.

„Der Appellationshof, nach Anhörung beider Theile Anwälte und des Antrags des General-Procurators Substituten in der Audienz am vier und zwanzigsten November:

In Erwägung, daß zwar gegen den Aufschrifts-Act, als eine öffentliche Urkunde, kein Beweis zulässig und in dem Anführen der Kläger, daß dessen Abschrift anders als das Original lau-

te, kein solcher Fall vorhanden ist, worin nach dem Code Napoléon Art. 1319 und 1324 ein Beweis über die Falschheit der Urkunde nachzulassen wäre;

in Erwägung, daß aus der Glaubwürdigkeit einer öffentlichen Urkunde die rechtliche Vermuthung entstehet, daß der Testator bei der befragten Handlung in vollem Besitz seiner Seelenkräfte gewesen, und der Fall nicht vorhanden ist, in welchem nach dem Art. 504 des Gesetzbuchs die Handlungen des Testators als eines Wahnsinnigen angegriffen werden könnten, Kläger auch keine relevante Facta angegeben haben, woraus auf eine Geistesschwäche geschlossen werden könnte;

in weiterer Erwägung aber, daß, da in dem Aufschrifts-Act die Namen und Anzahl der zugezogenen Zeugen erst am Schlusse des Acts bei Gelegenheit der Vorlesung und Unterschrift desselben angeführt worden, aus dieser Urkunde also nicht hervorgehet, daß das Testament in Gegenwart sämmtlicher sechs Zeugen dem Notar von dem Testator überreicht und für seinen letzten Willen anerkannt, mithin die im Art. 976 enthaltenen gesetzlichen Vorschriften beobachtet worden;

in Erwägung, daß, nach der Beklagten eigenem Behaupten, die Versiegelung des Testaments nicht von dem Notar in Gegenwart der sechs Zeugen, sondern von dem Procurator Lehne, ohne Zuziehung von sechs Zeugen, geschehen ist, daß aber

der Beklagten Behaupten, als ob das Testament dem Notar vom Testator bereits versiegelt überreicht worden, dem deutlichen Inhalte des Acts geradezu widerspricht, nach welchem das Testament, Behufs der Versiegelung und des zu berichtigenden Aufschrifts-Acts, überreicht worden, mithin noch nicht versiegelt gewesen seyn kann;

in Erwägung, daß die Behauptung der Beklagten, als ob die in dem Acte gebrauchten Ausdrücke:

„Behufs der Versiegelung und des zu berichtigenden Aufschrifts-Acts"

nur von der Aufnahme und Versiegelung des Aufschrifts-Acts zu verstehen seyen, sich dadurch widerlegt, daß das Testament Behufs der Versiegelung und des Aufschrifts-Acts übergeben worden; in weiterer Erwägung, daß von der von Beklagten behaupteten Versiegelung des Aufschrifts-Acts in der Urkunde nichts enthalten ist, und daß, wenn dieses Angeben gegründet wäre, hieraus folgen würde, daß die gesetzliche Vorschrift im Art. 976, nach welcher der Notar die Aufschrift auf das Testament oder dessen Umschlag verfassen muß, nicht befolgt wäre, sondern die Aufschrift auf einen andern Umschlag gefertigt seyn müßte;

in Erwägung also, daß bei dem geschehenen Nachgeben der Beklagten, daß das Testament von einem Dritten, und ohne Zuziehung aller sechs Zeugen, verschlossen sey, sie durch den Aufschrifts-

Act keinesweges den Beweis beigebracht haben, daß das Testament vom Testator verschlossen überreicht worden, daß mithin die gesetzliche Vorschrift im Art. 976, nach welcher das Verschließen des Testaments vom Notar in Gegenwart von sechs Zeugen geschehen muß, keine Anwendung gefunden habe, daß demnach durch diesen Act die Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften nicht nachgewiesen worden; . . .

in Erwägung endlich, daß aus dem im Publications-Protocolle enthaltenen Antrag auf Entsiegelung und Inventarisation eine Entsagung auf die Klage nicht gefolgert werden kann;

erkennt auf die wechselseitige Appellation, mit Aufhebung des von dem Districts-Gerichte zu Duderstadt am vierten September dieses Jahrs ausgesprochenen Erkenntnisses,

daß das Testament des verstorbenen vormahligen Senators Christian von Rhoden vom fünften Junius, überschrieben den sechsten Juni und publicirt den sechszehnten Juni dieses Jahrs, für nichtig zu erklären, die Intestat-Erbfolge zu eröffnen, Beklagte auch die Proceßkosten, wovon die Urtels-Gebühren auf ein hundert acht Franken bestimmt worden, allein zu tragen und respective den Klägern zu erstatten haben."

Auch dieses Erkenntniß legte also, gleich dem des Districtstribunals, die Notariatsexpe-

dition des Aufschriftsacts zur Basis der Entscheidung.

Es nahm jedoch an, daß diese Ausfertigung nicht von einem verschlossenen, sondern einem behuf des Verschließens überreichten mystischen Testamente rede.

Es hielt den Aufschriftsact aus zwei Ursachen für nichtig:

a) weil aus der Urkunde nicht hervorgehe, daß das Testament in Gegenwart sämmtlicher sechs Zeugen von dem Testator überreicht sey;

b) weil das Behaupten der Beklagten, als ob das Testament dem Notar bereits versiegelt überreicht worden, dem deutlichen Inhalte des Acts widerspräche, nach welchem das Testament behuf der Versiegelung überreicht worden.

Unter diesen Voraussetzungen konnte es überall nicht mehr darauf ankommen, zu bestimmen, ob den Klägern annoch Beweise nachzulassen seyen, oder nicht, da die ganze Summe ihrer Prätensionen ihnen gewährt war. Also nur der Theorie wegen konnte in Beziehung auf die Unzuläßigkeit eines Beweises gegen authentische Acte etwas in dem Erkenntnisse enthalten seyn.

Die Beklagten wandten gegen dieses Erkenntniß die Cassation ein.

Ihre Cassationsgründe sind in dem hier nachfolgenden Erkenntnisse des Cassationshofes d. d.

17ten August 1811 enthalten, wodurch sie so glücklich waren, die Cassation des Erkenntnisses des Appellationshofes zu Cassel zu erlangen, und die Sache also wieder auf denjenigen Punct zurückzuführen, auf welchem sie sich nach der Abgebung des Erkenntnisses des Districts-Tribunals zu Duderstadt befand.

Erkenntniß des Cassationshofes.

Extrait des Minutes du Conseil d'Etat.

Jérôme Napoléon, par la grace de Dieu et les Constitutions Roi de Westphalie, Prince français, etc. A tous présens et à venir, Salut.

Notre Conseil d'Etat a rendu l'arrêt suivant:

Entre Ferdinand, Antoinette et Fréderic Auguste König, à Duderstadt; Otton Philippe König à Sontra; Chrétien König à Rinteln; Charles Ferdinand König à Rothenbourg; Jean Fréderic König à Wahlhausen; Louis, Philippe et Auguste Koch, Philippine Koch, femme de Währen, François Windhausen et Fréderic Schachtrup, tous à Duderstadt, demandeurs par requête déposée au Secrétariat du Conseil d'Etat le 18 Mars 1811 d'une part; et Guillemine Guttermann, veuve Weber, et Justine König, femme Gerbode, défenderesses aux fins de la dite requête, d'autre part. Pour les demandeurs, le Sr. Wangemann, dit Wangenstein, avocat au Conseil d'Etat, a exposé:

Que feu le S.r Jean Chrétien de Rhoden, à Duderstadt, fit en leur faveur un testament mystique, qu'il présenta le 6 Juin 1810 au S.r Artmann, Notaire de District à Duderstadt, et qui fut ouvert après sa mort par le Président du Tribunal de 1.re instance du même lieu, en présence du dit Notaire, des six témoins signataires de l'acte de suscription, et des parties intéressées.

Que sur la demande de ces derniers, le président ordonna la levée des scellés et la confection de l'inventaire; qu'en suite la veuve Weber et la femme Gerbode, auxquelles le testateur n'a laissé que des legs particuliers, s'opposèrent à l'exécution du testament, firent assigner devant le Tribunal de Duderstadt les légataires universels et particuliers de feu le S.r de Rhoden et demandèrent l'annullation de son testament;

Qu'il intervint, au tribunal de Duderstadt, un jugement interlocutoire, rendu le 12 Septbre. 1810, dont les deux parties interjetèrent appel et que la troisième section de la Cour d'appel de Cassel, en infirmant ce jugement par arrêt du 1 Décembre 1810, annulla le testament par le motif, que l'acte de suscription ne justifie pas de l'observation des formalités préscrites par l'article 976 du Code Napoléon, pour les testamens sécrets, attendu 1o. que les noms et le nombre des témoins ne sont exprimés qu'à l'occasion de la

lecture et de la signature de l'acte et qu'il n'y est pas dit que les six témoins signataires de l'acte furent présents lors de la présentation du testament et de la déclaration faite par le testateur; 2°. que l'acte de suscription ne prouve pas que le testament fut présenté clos et scellé, ni qu'il fut scellé en présence du Notaire et des témoins;

L'exposant demande la cassation de cet arrêt,

1°. parceque la cour, en annullant le testament pour vice de formes, bien que toutes les formalités préscrites par l'art. 976 du Code Napoléon aient été observées, a contrevenu à cet article et aux principes établis par le dit code sur la validité des testaments;

2°. parceque les défenderesses ayant assisté à l'ouverture du testament, sans l'attaquer comme nul, et ayant même requis la levée des scellés et l'inventaire, ont renoncé par-là à tous moyens et exceptions contre le testament; et parceque malgré cette renonciation la Cour d'appel a admis l'action en nullité, et qu'elle a par conséquent contrevenu à l'art. 1338 du Code Napoléon.

Pour les défenderesses, le Sr Oppen, avocat au Conseil d'Etat, a conclu à ce qu'il plût au Conseil de rejeter la demande en cassation,

1°. parceque les demandeurs ne sont pas recevables dans leur demande, attendu que leur

requête ne contient pas les prénoms des défenderesses, et qu'ils ont acquiescé à l'arrêt qu'ils attaquent, puisqu'ils ont reconnu les défenderesses comme cohéritières du defunt, en demandant leur consentement pour la levée d'un des séquestres, en consentant à ce que des frais de garde dus à l'huissier Freckmann et une aumône donnée a un pauvre, fussent pris sur la succession séquestrée, et en consentant à ce que les frais de la procédure devant la Cour d'appel fussent payés sur la masse, sans attendre que l'huissier eut procédé à l'exécution de l'arrêt;

2o. parceque l'arrêt de la Cour d'appel n'a pas contrevenu à la loi, puisque l'article 976 du Code Napoléon veut que le testament sécret soit présenté clos et scellé à un Notaire et à six témoins, ou qu'on le fasse clorre et sceller en leur présence; mais que les juges ont reconnu qu'il n'appert pas de l'acte de suscription que le testament ait été présenté à six témoins, ni qu'il ait été clos et scellé, ni qu'on l'ait fait clorre et sceller en présence du Notaire et des témoins;

3o. parcequ'aucune loi n'a préscrit que la partie présente à l'ouverture d'un testament, perdra le droit de l'attaquer comme nul, si elle n'allégue pas de suite ses moyens de nullité; et parceque la demande de la levée des scellés et de la confection de l'inventaire ne contient pas

non plus une rénonciation aux droits de succession et à celui de faire valoir la nullité du testament.

Le Conseil d'Etat, ouï le rapport de la section de la Justice et de l'Intérieur;

Vu les articles 6 et 23 du décret du 20 Mai 1809 sur la procédure devant le Conseil d'Etat, et les articles 967, 976 et 1319 du Code Napoléon;

Considérant 1°. sur les fins de non recevoir du S^r. Oppen, que la mention des prénoms des parties dans les requêtes en cassation n'est pas préscrite sous peine de déchéance ou de nullité; que l'établissement et la décharge des séquestres ainsi que le payement des frais de garde et une aumône sont des actes conservatoires et administratifs et qu'on ne peut inférer, de ce que le consentement de la partie a été requis pour ces actes, que les demandeurs l'aient voulu reconnoître pour leur cohéritière ab-intestat, mais seulement, qu'ils ont reconnu que la contestation élevée sur la succession séquestrée n'étoit pas terminée; que les demandeurs n'ont pas payé les frais de procédure de la partie, qu'ils n'ont que consenti à ce que les frais fussent pris sur la masse en se réservant la faculté de les reprendre sur la portion de ceux qui, au jugement définitif, seraient condamnés à les payer;

Considérant 2°. sur les moyens des deman-

deurs, que la loi permet à toute personne de disposer de ses biens par testament; que l'article 976 du Code Napoléon ordonne, relativement aux testaments sécrets, que le testateur signe ses dispositions; que le papier qui les contient soit présenté par lui, clos et scellé, à un Notaire et à six témoins, ou qu'il le fasse clorre et sceller en leur présence et qu'il déclare que le contenu est son testament signé de lui; enfin que l'acte de suscription dressé par le Notaire, soit signé par le testateur, le Notaire et les témoins;

Considérant 3°. que l'acte de suscription écrit sur la feuille qui a servi d'enveloppe au papier contenant le testament du feu Sr de Rhoden, énonce clairement, que ce papier a été présenté au Notaire en présence des témoins; que le testateur a déclaré que ce papier contenait son testament, qu'il avait fait écrire par un autre et qu'il est signé de lui; que ce testament étoit clos et cacheté (versiegelt) trois fois du cachet du testateur et que l'acte de suscription dressé par le notaire a été lu par celui-ci au testateur et aux six témoins signataires de l'acte; enfin que cet acte a été signé par le testateur avec les six témoins et le Notaire;

Que la loi n'impose pas l'obligation de désigner le nombre et les noms des témoins au commencement de l'acte de suscription; que la présence des six témoins, dont les noms, pré-

noms, professions et domiciles ont été désignés, résulte du contenu de l'acte, de la lecture qui en a été faite au testateur et à ces témoins, ainsi que de leurs signatures apposées avant celle du Notaire;

Que la déclaration du testateur, qu'il présentoit son testament pour le sceller et pour y écrire l'acte de suscription, n'implique pas contradiction absolue avec le fait relaté dans ce même acte, savoir, „que le testament ainsi présenté étoit clos et cacheté;" que les termes dont s'est servi le testateur sont susceptibles de plusieurs explications différentes, qu'on n'a donc pas pu induire des expressions du testateur, qu'un fait attesté par ce même acte de suscription n'est pas prouvé, sans contrevenir à la loi, qui veut que les actes notariés non argués de faux fassent pleine foi;

Qu'il résulte de l'acte de suscription dressé par le Notaire Artmann qu'il a été satisfait à tout ce qu'a préscrit la loi pour les testamens sécrets et que la Cour, en annullant le testament de feu Jean Chrétien de Rhoden, a contrevenu aux articles précités du Code Napoléon et aux principes établis par la loi sur la validité des testaments et sur la foi due aux actes notariés;

Casse et annulle l'Arrêt de la troisième section de la Cour d'appel de Cassel, rendu le 1 Décembre 1810, entre les Dames Weber et

Gerbode à Duderstadt, et Ferdinand König et consors, renvoie la cause par devant la Cour d'appel, séant à Celle, pour qu'il y soit jugé conformément aux lois et ordonne que l'amende de 80 francs, consignée au Secrétariat du Conseil d'Etat, soit rendue.

Fait et jugé au Conseil d'Etat sous la présidence du Ministre de la Justice, le 17 Août 1811. Le Ministre de la Justice.

Signé: SIMEON, et DE BAR, rapporteur.

Mandons et ordonnons etc.

Signé: JEROME NAPOLEON.

Par le Roi.

Le Ministre Secrétaire d'Etat

Signé: Comte DE FÜRSTENSTEIN.

Pour extrait conforme,

Le Secrétaire général

HUGOT.

Aus diesem Erkenntnisse erhellet, daß der Cassationshof ebenfalls den authentischen Act als einzig zu berücksichtigen annahm, daß er aber, mit dem ersten Richter, in demselben die Erzählung von der Uebergabe eines bereits versiegelten mystischen Testaments fand, welche Erzählung in ihrer Glaubwürdigkeit dadurch nicht geschwächt würde, daß der Testator das Testament Behufs der Versiegelung überreichte, weil diese Aeußerung des Testators in keinem absoluten Widerspruche mit der Erzählung des No-

tars stände. Der Cassationshof fand, aus diesem Gesichtspuncte angesehen, sämmtliche von dem Gesetze gemachte Vorschriften in dem Aufschriftsacte beobachtet.

Jetzt gelangte also die Sache von neuem zur Entscheidung in der Appellationsinstanz und zwar vor die beiden vereinten Sectionen des Appellationshofes zu Celle.

Beide Parteien trugen hier, mit einigen nicht wesentlichen Veränderungen, die bereits von dem Appellationshofe zu Cassel geltend gemachten Rechtsgründe vor [21]), nahmentlich erbothen sich die klagenden Intestaterben, auf den Fall, daß das Gericht die Notariatsurkunde zum Grunde seiner Entscheidung legen, und in selbiger sämmtliche Erfordernisse eines gültigen Aufschriftsacts finden sollte, zur inscription en faux über die Umstände:

a) daß es früher in dem Acte geheißen „und versiegelte es" daß mithin dieses erst dahin abgeändert sey, daß es jetzt heiße: „und versiegelt ist es". Durch die Verification dieses Umstandes würde es dann gewiß werden, daß, dem Acte zufolge, die Versiegelung nach der Uebergabe vorgenommen, da doch die Falschheit dieser Angabe durch das gegenseitige

---

21) Welche in weitläuftigen (bei Schulze zu Celle) gedruckten Deductionen beider Theile zu lesen sind, worauf ich diejenigen, welche es interessiren könnte, verweise.

Geständniß hinlänglich und vollständig erwiesen sey. Sollte es bei diesem, den Gesetzen zufolge vollständig erweisenden, Geständnisse der Beklagten annoch erforderlich geachtet werden können, so erböthen sich die Kläger, annoch durch die inscription en faux klar zu machen: a) daß die Versiegelung nicht in Gegenwart von sechs Zeugen, auch nicht von dem Notar, geschehen wäre;

b) daß der Testator die Erklärungen nicht abgegeben, welche der Act enthält, sondern daß er nur die Fragen des Notars bejahet habe.

Gegen diesen eventuellen Antrag auf eine inscription en faux in der Appellationsinstanz dürfe um so weniger etwas Erhebliches zu erinnern seyn, da derselbe schon in erster Instanz gemacht [22]), und die Kläger also bei derselben ganz auf die gesetzliche Weise verfahren wären. Sollte dieses aber auch nicht der Fall seyn, so könnten sie, nach der Vorschrift des Art. 364 der Proceßordn. ihre Anträge noch jetzt verbessern und berichtigen.

Der Appellationshof erließ hierauf in der feierlichen Sitzung der beiden vereinten Sectionen am 16ten Junius 1812 folgendes

---

22) Nur zum Beweise der Unächtheit der fraglichen Urkunde, nicht aber zur förmlichen inscription en faux, welche ganz eigne, bestimmte Formen hat, hatte man sich, wie bereits bemerkt, in erster Instanz erbothen, und auf einen solchen Beweis, nicht aber auf eine inscription en faux hatte das Districtstribunal erkannt.

Urtheil.

Der königliche Appellationshof in beiden vereinigten Sectionen:

Nach Ansicht der Expedition eines Erkenntnisses des königlichen Staatsraths, als Cassationshofes, de dato den siebenzehnten August achtzehnhundert und elf, wodurch ein in dieser Sache abgegebenes Erkenntniß der dritten Section des königlichen Appellationshofes zu Cassel cassirt, und solche Sache zur Entscheidung an den hiesigen Appellationshof verwiesen worden;

Nach Ansicht der Expedition des in Frage stehenden Aufschriftsacts eines mystischen Testaments des verstorbenen Senators Johann Christian von Rhoden, de dato Duderstadt den siebenzehnten Junius achtzehnhundert und zehn, ausgeferttgt von dem instrumendirenden Notar Anselm Artmann;

Nach Ansicht des ersten Abschnitts des fünften Capitels des dritten Buchs des Code Napoléon, vorzüglich des Art. 976 desselben, ferner der Art. 1319, 1352, 1356 und 504 desselben;

In Erwägung, daß alle von dem Gesetze vorgeschriebenen Erfordernisse sich in dem hier in Frage stehenden, in authentischer Form vorliegenden, Aufschriftsacte befinden, indem aus solchem mit vollkommener Gewißheit hervorgehet, daß der Testator die von einem andern geschriebenen testamentarischen Verfügungen eigenhändig unterschrie-

ben habe, wie auch, daß dasjenige Papier, welches solche Verfügungen enthielt, gehörig versiegelt (clos et scellé) gewesen sey;

In Erwägung, daß auch ferner daraus gewiß wird, daß der Testator sein Testament, bereits versiegelt, dem Notar und den requirirten sechs Zeugen übergeben habe; daß er erklärte, das in dem Papiere Enthaltene sey sein Testament, daß es von ihm unterschrieben, obgleich von einem andern geschrieben worden; ferner, daß der Notar selbst den Aufschriftsact abgefaßt, solchen auf das zum Umschlage des Testaments dienende Blatt gesetzt, und daß der Act von dem Notar zugleich mit dem Testator und Zeugen unterschrieben ward;

In Erwägung, daß in der Anfangs des Acts aufgezeichneten Aeußerung des Notars, wie das Testament

„behufs der Versiegelung"

übergeben worden, kein Widerspruch mit dem auf eine authentische Art erzählten Vorgange liegt, indem, wenn das bereits versiegelte Testament behufs der Versiegelung überreicht wurde, dann eine zweite Versiegelung desselben unnöthig erscheinen mußte;

In Erwägung, daß gegen authentische Acte kein Beweis des Gegentheils zuläßig ist, auch von einer beiläufigen inscription en faux gegen den in Frage stehenden Act hier nicht die Rede seyn kann, da, wenn auch durch solche klar gemacht

würde, daß derselbe nach Maaßgabe der von den Intestaterben zum Grunde gelegten Lesart der friedensgerichtlichen Expedition ursprünglich abgefaßt gewesen wäre, dennoch aus diesem Resultate, da auch in jenem Acte die gesetzlichen Erfordernisse (obgleich auf eine verschiedene Art) zu finden, nichts Entscheidendes folgen würde;

In Erwägung, daß diesem letzten Acte dann selbst die Eingeständnisse der Testamentserben, da solche nicht getheilt werden dürfen, nicht entgegengesetzt werden könnten;

In Erwägung, daß also das in Frage stehende Testament, man mag nun bei solchem diejenige Expedition zum Grunde legen, worauf sich die Kläger, oder worauf sich die Beklagten stützen, (obgleich auf eine verschiedene Weise) als gültig erscheinet;

Erkennt:

daß von dem Districtstribunale zu Duderstadt durch dessen Erkenntniß vom zwölften September achtzehnhundert und zehn (indem es überflüßige und unzuläßige Beweise auflegt) übel gesprochen und wohl appellirt, mithin solches dahin zu reformiren, daß das Testament des verstorbenen vormahligen Senatoris Christian von Rhoden vom fünften Julius, und überschrieben vom sechsten Julius achtzehnhundert zehn, für rechtsbeständig zu erklären, die darin vorgeschriebene Erbfolge, wie hiemit geschiehet, zu eröffnen, die Klä-

ger und Appellanten auch sämmtliche Kosten, sowohl der ersten als der jetzigen Appellationsinstanz, den beklagten Testamentserben zu erstatten schuldig sind.

Gegenwärtig: die H. H. Rumann, erster Präsident, v. Strombeck, Präsident, v. Schlepegrell, v. Zesterfleth, v. Pufendorf, Dr. Böhmer, v. Ompteda, Stromeyer, v. Hinüber, v. Beulwiz, v. d. Wense, v. d. Bussche, Wedemeyer.

Conclud. H. Generalprocurator Dr. Hagemann, in Hinsicht der Hauptsache, nicht aber der inscription en faux, conform.

Dieses Erkenntniß, indem es zwar ebenfalls den authentischen Act als den bei der Entscheidung zu berücksichtigenden ansah, und in diesem die Beobachtung der Formen, welche bei der Uebergabe eines bereits versiegelten mystischen Testaments nöthig sind, fand, stellte jedoch den Grundsatz auf, daß der Aufschriftsact, sowohl nach der authentischen als nach der friedensrichterlichen Expedition gültig sey, und daß es also keiner inscription en faux gegen den ersten bedürfe, um zu zeigen, daß der letzte die wahre Urschrift enthalte.

Eine Entscheidung über die sub litt. b. zur Hand genommene inscription en faux, daß der Act selbst (nicht allein die Expedition) deshalb

falsch sey, weil der Testator die darin erwähnten Erklärungen nicht abgegeben habe, sondern daß von ihm nur die Fragen des Notars bejahet seyen, findet sich überall nicht in dem Erkenntnisse, und es ist daher zweifelhaft, welches die Meinung des Gerichts über diesen Umstand gewesen.

Wie bereits bemerkt, weichen die Ansichten des Verfassers von denen des mitgetheilten Erkenntnisses ab. Er legt ebenfalls nur den authentischen Act zum Grunde seiner Entscheidung, findet, daß dieser über die Uebergabe eines Behufs, d. i. zum Zweck der Versiegelung überreichten mystischen Testaments, und die von dem Notar geschehene Versiegelung aufgenommen worden, daß der Act, aus diesem Gesichtspuncte angesehen, alle Erfordernisse eines gültigen Aufschriftsactes enthalte, daß seine ursprüngliche Gültigkeit aber dadurch vernichtet worden, daß die Geständnisse der Beklagten grade das Gegentheil von dem besagen, was der Act, (nach des Verf. Ansicht) documentirt. Der Effect dieses Geständnisses ist dem Verfasser genau von der Wirksamkeit als der Effect einer inscription en faux hätte nur seyn können [23]).

---

23) Vergl. Geussenhainer, in der angeführten Schrift über die Formen der mystischen Testamente, S. 28 und 53. Note 49. Es hat mir Vergnügen gemacht, den scharfsinnigen Verfasser hier mit mir übereinstimmend gefunden zu haben.

Auf diese Grundsätze gestützt legte er sein Votum ab, nach welchem ein Erkenntniß in folgender Form vorgeschlagen wurde:

Der Appellationshof:

In Erwägung, daß der hier in Frage stehende Aufschriftsact zwar alle diejenigen Erfordernisse hat, welche zu seiner Gültigkeit von dem Gesetze erfordert werden, indem daraus erhellet:

1. Daß das fragliche Testament von einem andern geschrieben, von dem Testator aber unterschrieben sey;

2. Daß dieses Testament, Behufs der Versiegelung (d. h. zum Zweck der Versiegelung), dem Notar und Zeugen, oder, wie es, als gleich bedeutend anzunehmen, im Aufschriftsacte ausgedruckt ist, dem Notar in Gegenwart der Zeugen [24]) übergeben worden;

---

24) Es läßt sich allerdings ein Unterschied unter einer Ueberreichung des Testaments an den Notar und sechs Zeugen, und einer solchen Ueberreichung in Gegenwart von sechs Zeugen denken. Geschieht das erste, wie es das Gesetz verordnet, so werden sich die Zeugen dadurch gleichsam aufgefordert halten, das ihnen mit überreichte Testament, in seiner äußern Form, zu untersuchen, darüber, z. B., zu urtheilen, ob es gehörig versiegelt sey oder nicht, dahingegen sie, geschieht die Ueberreichung nur in ihrer Gegenwart, es auch bei dieser bewenden lassen werden. Es ist daher allerdings sehr zweckmäßig, daß der Testator bei der Ueberreichung sich solcher Ausdrücke bediene, woraus ersicht-

3. Daß diese Zeugen in der gesetzlichen Zahl vorhanden gewesen, indem es nichts releviren kann, daß deren Nahmen und Zahl erst am Ende des Acts angeführet; 25)

4. Daß dieses Testament, wie aus dem Zusammenhange des Aufschriftsacts anzunehmen, in Gegenwart der Zeugen versiegelt sey, indem die Worte:

„Ich nahm dieses Testament sofort in Em-

---

lich wird, daß er das Testament dem Notare und den sechs Zeugen überreiche, und daß der erste dieses gehörig verzeichne. Doch hat die französische Jurisprudenz, sonst sich so wörtlich an die Ausdrücke des Gesetzes, bei der Beurtheilung der testamentarischen Förmlichkeiten, haltend, entschieden, daß durch die Bemerkung, von Seiten des Notars, einer Ueberreichung des Testaments an den letzten in Gegenwart von sechs Zeugen, der Wille des Gesetzes erfüllet sey. Erkenntn. des Appellationshofes zu Lyon, d. d. 15ten Prairial XIII, und des Cassationshofes, d. d. 7ten April 1806: „Attendu que le voeu de l'art. 9. de l'ordonnance de 1735. (welcher mit der Vorschrift des C. N. wörtlich übereinstimmt) est rempli dans l'acte de subscription du testament dont il s'agit, puisqu'il y est écrit, que la Dame C. a remis son testament au notaire, en présence des témoins; la cour rejette..." Merlin, rép. s. v. testament, Sect. II. § 3. art. 3. N° 7. (T. XII. p. 712.)

25) Erkenntn. des franz. Cassationshofes v. 9ten Jul. 1806. „Attendu que l'art. 972. du Code civil qui exige pour la regularité de la forme d'un testament, qu'il en soit donné lecture au testateur en présence des témoins n'impose pas l'obligation de faire mention expresse de cette présence dans la prémice du testament; ... rejette." Merlin, répert. s. v. testament, T. XII. p. 708.

„pfang und versiegelt ist es mit dem Pet-
„schaft des Herren Requirenten dreimahl in
„gegenwärtiges Convolut;"

ganz offenbar, dem Zusammenhange und den Gesetzen der Grammatik gemäß, die Handlung eines bey dem Empfange des Testaments veranstalteten Versiegelns ausdrucken, indem

a. das Testament Behufs des Versiegelns überreicht worden, also schon hieraus folgt, daß, ohne einen Widerspruch mit der Erzählung des Vorganges anzunehmen, das Testament nicht bereits versiegelt überreicht seyn konnte;

b. wenn aber auch gleich ein solcher Widerspruch in der Ausdrückung des Zwecks der erzählten Handlung mit der Erzählung dessen, was nachher wirklich geschehen (wenn er vorhanden seyn sollte), die Glaubhaftigkeit dieser letztern nicht zu mindern vermöchte, es hierauf nicht ankommen kann, indem in dem Subscriptionsacte nichts ausgedruckt ist, was dem angedeuteten Zwecke „Behufs der Versiegelung" widerspräche, indem die Worte „und versiegelt ist es . . . . in gegenwärtiges Convolut," ebenfalls ein Präsens dadurch deutlich machen, daß derjenige Gegenstand, worin das in Frage stehende Testament versiegelt seyn soll, nicht im Dativ (da alsdann der Zustand einer bereits vorhandenen Versiegelung ausgedruckt wäre), sondern im Accusativ, (wodurch nach den Gesetzen der Grammatik nicht

das Vorhandenseyn eines Zustandes, sondern eine Richtung nach einem Objecte ausgedruckt wird) dargestellt wurde;

In Erwägung, daß das Gesetz dem Testator ausdrücklich die Freiheit läßt, bei der Zustandebringung eines mystischen Testaments die hier gewählte Form zu beobachten, und daß bei dieser Beobachtung auch die übrigen gesetzlichen Solemnitäten, wie aus dem Aufschriftsacte hervorgeht, hinlänglich beobachtet worden, also aus ihm selbst keine ihm zur Last fallende Nichtigkeit hervorgeht, mithin dasselbe als gültig anzusehen seyn würde;

In Erwägung jedoch, daß die gerichtlichen Eingeständnisse der Parteien, oder der von ihnen besonders Bevollmächtigten, vor Gericht vollständig wider Den beweisen, welcher sie abgelegt hat, daß sie also auch die Kraft haben, diejenige, der Gewißheit sonst gleich seyende, Vermuthung, welche aus authentischen Acten entsteht, in Hinsicht derjenigen, welche die Eingeständnisse thaten, zu vernichten;

In Erwägung, daß die eingesetzten Testamentserben annoch jetzt fest behaupten, es sey von dem Testator das fragliche Testament nicht zum Zweck (Behufs) der Versiegelung, sondern bereits versiegelt, wie es das Gesetz ebenfalls erlaubt, übergeben worden, daß aber dieses Eingeständniß, da es gerichtlich abgelegt und acceptirt worden, nunmehr den Effect äußert, dasjenige, in Hinsicht

der Eingestehenden, zu vernichten, was mit ihm nicht übereinstimmend in dem Subscriptionsacte gefunden wird;

In Erwägung, daß also die Worte des Aufschriftsactes, wodurch beurkundet ist, daß der Notar das fragliche Testament Behufs der Versiegelung empfangen und die Versiegelung ordnungsmäßig bewerkstelligt habe, diesem nach, als nicht geschrieben angesehen werden müssen, wogegen diejenigen Behauptungen, welche die Testamentserben vortragen, als nicht in dem Subscriptionsacte enthalten, nicht an ihre Stelle gesetzt werden können, indem die Beobachtung der Förmlichkeiten eines Testaments lediglich aus den darüber aufgenommenen Instrumenten selbst erhellen muß; 26)

---

26) Wäre dieses nicht der Fall, so würde man sagen können, daß das Eingeständniß der Testamentserben nicht anders angenommen werden könnte, als mit der von ihnen demselben hinzugefügten Behauptung, daß, obgleich auf eine andere Weise, die Uebergabe des Testaments (in bereits versiegeltem Zustande) auf eine gültige Art geschehen sey. Erkenntn. des Cassationshofs zu Paris (ohne Datum), in der Jurispr. du Code Nap., T. XI. p. 187, wodurch ein Urtheil des Appellationshofes zu Paris cassirt wurde, welches: „Attendu, en droit, qu'une obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ne produit aucun effet; en fait, que la cause assignée à l'obligation dont il s'agit, est aujourd'hui reconnue fausse par Gorlay, et que la cause indiquée par son interrogatoire n'est pas justifiée; que ces deux causes se contrarient ouvertement, et que par-là Gorlay a lui-même detruit la foi due à son acte" — den in Frage stehenden Act für nichtig erklärte. Dieß Erkenntniß wurde

In Erwägung, daß aus allem diesen folgt, daß obgleich der fragliche Subscriptionsact, man mag die Lesart der Testaments- oder der Intestaterben annehmen (daher auch von keiner inscription en faux die Rede zu seyn vermag), gültig sey, dennoch dieses solche Kraft, durch diejenigen Eingeständnisse der Testamentserben, welche dem Inhalte des Subscriptionsacts widersprechen, verlohren habe;

In Erwägung, daß aus den angeführten Handlungen der beklagten Intestaterben keine Anerkennung der Gültigkeit des Testaments folgt;

Erkennt, auf die beiderseitigen Appellationen, daß von dem Districtstribunale zu Duderstadt durch dessen Erkenntniß d. d. 12ten September 1810, indem es überflüßige und unzuläßige Beweise auferlegt und aufgegeben, übel gesprochen, wohl aber appellirt, mithin solches dahin zu reformiren:

daß das Testament des verstorbenen vormahligen Senators Christian von Rhoden vom 5ten Jul. 1810 für nichtig zu erklären, die Intestaterbfolge zu eröffnen, beklagte Testamentserben aber sämmtliche Kosten zu erstatten verbunden.

---

cassirt: „en ce qu'il avoit reconnu la fausseté de la cause exprimée dans ladite obligation, et en rejettant la déclaration qui lui donnoit une autre cause.“ im vorliegenden Fall war aber die „autre cause“ nur allein durch einen Notariatsact denklich; daher der wesentliche Unterschied beider Sachen.

LXX.

Handelssachen. — Zeugenbeweis.

Kann in Handelssachen, bei Gegenständen, welche die Summe oder den Werth von 150 Franken übersteigen, der Zeugenbeweis zugelassen werden?

Der 1341ste Art. des Gesetzbuchs Napoleons enthält die bekannte Vorschrift über die Unzulässigkeit des Zeugenbeweises bei solchen Gegenständen, welche die Summe oder den Werth von 150 Franken übersteigen [1]).

Es ist aber dieser gesetzlichen Bestimmung die Einschränkung hinzugesetzt:

„Alles dieß jedoch mit Vorbehalt der in den Handelsgesetzen enthaltenen Vorschriften."

---

1) Vergl. Bauer, Erläut. über den C. N., Thl. III. pag. 252. Nach dem, was dieser Verfasser hier sehr richtig bemerkt, wird deutlich werden, welcher Unterschied zwischen obiger Gesetzgebung und der des Preußischen allg. Landrechtes (I. Theil 5. Tit. Art. 131 und 155.) sei. Nach diesem muß nämlich ein jeder Vertrag, dessen Gegenstand sich über 50 Rthlr. Cour. beläuft, schriftlich abgeschlossen werden; ist dieß nicht geschehen, und er noch von keinem Theile erfüllt worden, so findet daraus keine Klage Statt.

Diese Vorschriften befinden sich in dem französischen Handelsgesetzbuche Art. 109 [2]). Sie waren nothwendig: denn was sollte aus Handel und Wandel werden, wenn jedes Handelsgeschäft, welches die Summe von 150 Franken übersteigt, durch einen schriftlichen Act bewiesen werden müßte? —

Hat nun gleich Westphalen keinen Handels-Codex, so haben die einzelnen Provinzen doch Handelsgesetze, und diese machen, bis wir ein Handelsgesetzbuch erhalten haben werden, eben so viele Provinzial-Handels-Codices aus. Das Gesetzbuch Napoleons hob sie nicht auf, und sie sind also noch stets zu befolgen [3]).

Eine Folge hiervon ist, daß wenn eine, also annoch gültige, Handelsvorschrift etwas über die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises, oder anderer Beweismittel, außer den Urkunden vor Notarien oder unter Privatunterschrift, verordnet, eine solche Verordnung auch annoch jetzt anzuwenden sei.

Da gesetzliche Gewohnheiten den geschrie-

---

2) „Les achats et ventes se constatent: par actes publics; par actes sous signature privée; par le borderau ou arrêté d'un agent de change ou courtier, dûment signé par les parties; par une facture acceptée; par la correspondence; par les livres des parties; par la preuve testimoniale, dans le cas ou le tribunal croira devoir l'admettre." Vergl. Pandectes françoises, T. XIX. p. 255.

3) Rechtswissenschaft, Thl. I. Abhandl. XVIII und XXVII.

benen Gesetzen gleich zu achten sind: so finden also die in Betreff der Handelsbücher (wie überall in Handelssachen) Statt findenden Vorschriften des deutschen Rechtes annoch in Westphalen volle Anwendung [4]); so wie auch die Bestimmungen des Preußischen Rechts hierüber, in den ehemahligen Preußischen mit Westphalen vereinigten Provinzen noch bei völliger Kraft geblieben sind [5]).

Zweifelhafter ist jedoch unstreitig die Beantwortung der Frage: Ob nur von einer Handelssache die Rede zu seyn brauche, um sofort den Art. 1341 und den darauf Bezug nehmenden Art. 1582 C. N. außer Kraft zu setzen?

Dieses scheint aus folgenden Gründen nicht der Fall zu seyn. Sind keine Handelsgesetze, oder Gewohnheiten, die ihnen gleich zu achten, vorhanden, welche über die in Frage stehende Materie etwas verfügen, war sie unter den vorigen Gesetzen von dem allgemeinen Civilrechte regirt: so finden in ihr auch jetzt die Bestimmungen des C. N. Anwendung, welcher das allgemeine Civilrecht des Königreichs geworden, und wodurch das bisherige abgeschafft wurde. Der französische Code de commerce ist für uns kein Gesetz. — Hierdurch können nun freilich sehr große Inconvenien-

---

4) Runde, Grundsätze des deutschen Privatrechts § 458 — 460.

5) Allg. Preußisches Landrecht, II. Thl. 8. Tit. § 562 ff.

zen entstehen 6), dieß kann jedoch den Richter nicht hindern, das Gesetz in seiner Strenge anzuwenden; nur der Gesetzgeber kann dadurch bestimmt werden, die Lücke in der Gesetzgebung auszufüllen.

Diese Grundsätze wandte die 2te Section des Appellationshofes, am 1sten Jul. 1813, in Sachen Engel gegen Wiers an.

Von den factischen Umständen wird nur folgendes Wenige anzuführen nöthig seyn.

Zwischen dem Kläger, dem Kornhändler Engel zu Helmstädt, und dem Beklagten, dem Kaufmann Wiers zu Celle, hatte ein bedeutender Kornhandel Statt gehabt. Der erste war Verkäufer. Ehe noch die Ablieferung völlig bewirkt war, geriethen beide Theile darüber in Streit, nach welchem Maaße der Handel abgeschlossen sei, nach Vorsfeldischem Maaße, wonach man gewöhnlich in Helmstädt zu handeln pflegt, oder nach dem Braunschweigischen Maaße, welches auch in Celle gilt? — Nach dem ersten gehen 44, nach dem letztern nur 40 Himpten auf den Wispel. Der Käufer behauptete, das erste, der Verkäufer das letzte Maaß liege dem Handel zum Grunde.

---

6) „Beaucoup de marchés, même considérables, se font verbalement. Il est donc impossible d'en exiger toujours la preuve par écrit. Il a fallu se contenter souvent de celle testimoniale.“ Pandectes franç. T. XIX. p. 255.

Da jedoch der 1602te Art. des C. N. ausdrücklich vorschreibt, „der Verkäufer ist schuldig, dasjenige, wozu er sich verbindlich macht, deutlich auszudrücken. Jeder dunkle oder doppelsinnige Vertrag wird zum Nachtheile des Verkäufers ausgelegt;" — und hier eine Dunkelheit in hohem Grade vorhanden war; so legte der Appellationshof dem Verkäufer den Beweis des von ihm behaupteten kleinern Maaßes auf. Jetzt entstand die Frage: Ob dieser Beweis durch Zeugen geführt werden könne? — (Von Handelsbüchern, wodurch dieser Beweis allerdings hätte geführt werden können, wenn sie ordnungsmäßig gehalten wären, war nicht die Rede.) Der Appellationshof verneinte dieses durch folgendes

Urtheil.

Die zweite Section des Appellationshofes:

Nach Ansicht des 1341sten Art. des C. N.;

In Erwägung, daß die Gesetzgebung dieses Artikels nur dann nicht zur Anwendung kömmt, wenn in den Handelsgesetzen Vorschriften enthalten, welche etwas Anders, als das hier Vorgeschriebene, bestimmen;

In Erwägung, daß die allerdings annoch bei Kräften gebliebenen Braunschweigischen und Hannoverschen Handelsgesetze nichts verordnen, welches auf die Zuläßigkeit des Zeugenbeweises in Han=

delssachen Bezug hätte, sondern vielmehr diesen Gegenstand gänzlich den Vorschriften der allgemeinen Gesetzgebung überließen, woraus dann folgt, daß im vorliegenden Falle der angeführte Artikel seine Anwendung findet, und also der Zeugenbeweis als unzuläßig erscheint;....

Erkennt:

daß in gegenwärtiger Sache die Beweisführung durch Zeugen unzuläßig u. s. w.

Gegenwärtig: die H. H. v. Strombeck, Präsident, v. Pufendorf, Dr. Böhmer, v. Ompteda, v. d. Wense, Wedemeyer, Appellationsrichter.

Nachdem der Verfasser des gegenwärtigen Werks obigen Aufsatz bereits niedergeschrieben hatte, fand er es nothwendig, Sr. Excellenz den Herrn Justizminister des Königreichs auf die Inconvenienzen aufmerksam zu machen, welche daraus entständen, daß es in Westphalen keine Handelsgesetze gebe, wodurch der Art. 1341 des Codex Napoleon für Handelssachen näher bestimmt werde. Er schlug daher Sr. Excellenz vor, Se. Majestät den König zu bestimmen, durch ein eignes Decret eben dasjenige zu verordnen, welches durch den Art. 109 des französischen Handelsgesetzbuchs verordnet wird.

Der Herr Justizminister beantwortete diesen Antrag durch folgendes Schreiben, d. d. 15ten Julius 1813, welches der Verfasser durch gegen-

wärtiges Werk bekannt zu machen ausdrücklich von Sr. Excellenz autorisirt ist.

„Les dispositions de l'article 1341 du Code Napoléon, Monsieur le Président, ne sont applicables aux matières de commerce; cet article suppose des lois qui règlent la forme des opérations commerciales. Vous observez que les anciennes lois, renfermant en matière civile et de commerce des dispositions semblables, ne formoient qu'un même texte qui a été abrogé par le Code Napoléon. Mais, ces anciennes lois doivent être considérées aujourd'hui comme ayant établi, en matière de commerce, une coutume, qui a survecu à leur empire, car vous savez que la coutume supplée au silence de la loi. Recevez, etc.“

Ich gestehe, daß die in diesem Ministerial-Schreiben dargebothene Ansicht mich überzeugt.

Nach dem königl. Decrete vom 21sten September 1808 sind die alten Gesetze und Gewohnheiten nur in Ansehung derjenigen Gegenstände aufgehoben, worüber das Gesetzbuch Napoleons Verfügungen enthält. Ueber eigentliche Handelssachen enthält es keine Verfügungen.

Sagt nun das Gesetzbuch noch ausdrücklich, daß eine gewisse Vorschrift nur mit Berücksichtigung der Handelsgesetze angewendet werden soll, und erkennt daher an, daß jene allgemeine Verfü-

gung für Handelssachen unpassend sei: so darf man wohl annehmen, daß die bisherige allgemeine Gesetzgebung, die auch in Handelssachen angewendet wurde, durch den C. N. entweder gar nicht aufgehoben, oder doch wenigstens als altes durch die bisherige Legislation begründetes Gewohnheitsrecht bei Kräften gelassen sei.

Ich habe jedoch an meinem Aufsatze, meiner veränderten Ueberzeugung ungeachtet, nichts geändert: er möge, als meine Zweifelsgründe enthaltend angesehen werden. Ich werde nicht ermangeln, die künftige Jurisprudenz in dieser wichtigen Materie mitzutheilen.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

gung für Handelsleuten unpassend ist: so darf man wohl annehmen, daß die bisherige allgemeine Gesetzgebung, die auch in Handelsstädten angenommen wurde, nach dem C. N. entweder gar nicht aufgehoben, oder doch wenigstens als etwas durch die bisherigen Verhältnisse begründetes Gewohnheitsrecht bei Kräften gelassen ist.

Ich habe jedoch an meinem Aufsatze, meiner veränderten Ueberzeugung ungeachtet, nichts geändert: er möge, als meine Zweifelsgründe enthaltend angesehen werden. Ich werde nicht ermangeln, die künftige Entscheidung in dieser wichtigen Materie mitzutheilen.

gung für Handelssachen, anpassend sei: so darf man wohl annehmen, daß die bisherige allgemeine Gesetzgebung, die auch in Handelssachen angewendet wurde, durch den C. N. entweder gar nicht aufgehoben, oder doch wenigstens als altes durch die bisherige Assisen begründetes Gewohnheitsrecht bei Kräften gelassen ist.

Ich habe jedoch an meinem Aufsatze, meiner geänderten Ueberzeugung ungeachtet, nichts geändert: er möge, als meine Zweifelsgründe enthaltend angesehen werden. Ich werde nicht ermangeln, die künftige Jurisprudenz in dieser wichtigen Materie mitzutheilen.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Strombeck, Friedrich Karl <<von>>,

Rechtswissenschaft des Gesetzbuchs Napoleons und der übrigen bürgerlichen Gesetzgebung des Königreichs Westphalen, oder Sammlung von Entscheidungen des königlichen Appellations-Hofes zu Celle und Abhandlungen über die entschiedenen und andere Rechtsfragen
Bd.: 2,1

Braunschweig (1813)

Decis. 110 m-1,3/2,1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10397261-9